Heft 43 [2961] 65. Jahrgang 24. Oktober 1936

Juristische Wochenschrift

Organ der Reichsgruppe Rechtsanwälte des NS. Rechtswahrer-Bundes

Herausgegeben von dem Reichsgruppenwalter Rechtsanwalt **Dr. Droege**, unter Mitwirkung der Mitglieder des Reichsgruppenrates: Rechtsanwälte **Dr. Hanns Fritzsche**, Leipzig; **Dr. Hawlitzky**, Forst i. L.; **Dr. Ernst Ladwig**, Berlin; **Dr. Ferdinand Mößmer**, München; Prof. **Dr. Erwin Noack**, Halle a. S.; **Dr. Rudat**, Königsberg (Pr.); **Wilhelm Scholz**, Berlin; **Dr. Artur Schüßler**, Weinheim; **Dr. Emil Schwartz**, Prenzlau, und Patentanwalt **Dr. Ullrich**, Berlin

Schriftleitung: Berlin W 35, Lützowufer 18 II. Fernruf Kurfürst B 1, 3718

Verlag: W. Moeser Buchhandlung, Inh.: Oscar Brandstetter, Leipzig C 1, Dresdner Straße 11/13
Fernsprecher Sammel-Nr. 72566 / Drahtanschrift: Imprimatur / Postscheckkonto Leipzig Nr. 63673
Geschäftsstelle in Berlin SW 48, Hedemannstr. 14. Fernsprecher A 9, Blücher 0217

Das Reichskriegsgericht

Von Dr. Rudolf Lehmann, Ministerialrat im Reichsjustizministerium

Die Militärgerichtsbarkeit, die auf Grund des Art. 106 WeimVerf. durch das RGes. v. 17. Aug. 1920 (RGBl. 1579) abgeschafft worden war, wurde schon im ersten Jahre der Machtergreifung wieder eingeführt. Das Ges. v. 12. Mai 1933 über die Wiedereinführung der Militärgerichtsbarkeit (RGBl. I, 264) bildete die Grundlage für die Bek. v. 4. Nov. 1933 (RGBl. I, 921), mit der die neue Militärstrafgerichtsordnung veröffentlicht und in Kraft gesetzt wurde.

Die Neuordnung hatte eine erhebliche Lücke. Der Aufbau der Militärgerichtsbarkeit war nicht vollständig. Es fehlte ihm die Spitze, die früher das Reichsmilitärgericht gebildet hatte. Dessen Aufgaben waren — vorläufig — dem RG. übertragen. Das Gesetz über die Wiedereinrichtung eines Obersten Gerichtshofs der Wehrmacht v. 26. Juni 1936 (RGBl. I, 517) schloß diese Lücke. Zur Ausführung des Gesetzes haben der Reichskriegsminister und der RJM. unter dem 5. Sept. 1936 (RGBl. I, 718) eine VO. zur Änderung der Militärstrafgerichtsordnung erlassen. Diese VO. errichtet als höchsten Gerichtshof im Bereich der Wehrmacht das Reichskriegsgericht und gibt damit dem Aufbau der Militärgerichtsbarkeit den organischen Abschluß. Eine Neufassung der Militärstrafgerichtsordnung ist durch Bek. v. 29. Sept. 1936 veröffentlicht (RGBl. I, 751).

Die Errichtung des Reichskriegsgerichts erfolgte zum 1. Okt. 1936.

Die Vorschriften der VO. zeigen, daß der Gesetzgeber unmittelbar an die auch in dieser Hinsicht bewährte Militärstrafgerichtsordnung von 1898 anknüpft. Das Reichskriegsgericht ist in allem der Nachfolger des alten Reichsmilitärgerichts. Seine Befugnisse und sein Verfahren sind aber zeitgemäß fortgebildet (vgl. die §§ 39 ff., 318 ff.).

Das Reichskriegsgericht hat seinen Sitz in Berlin. In Kriegszeiten und während kriegerischer Unternehmungen kann der Führer und Reichskanzler den Sitz des Reichskriegsgerichts oder einzelner Senate verlegen. An der Spitze des Gerichts steht als Präsident ein General oder Admiral, den der Führer ernennt und der dem Reichskriegsminister unmittelbar untersteht. Der Präsident, der nicht nur — wie früher — den Rang, sondern auch die Dienststellung eines Kommandierenden Generals hat, leitet und beaufsichtigt den gesamten Geschäftsgang des Reichskriegsgerichts. Seine Stellung ist im Verhältnis zur Stellung des Präsidenten des Reichsmilitärgerichts gestärkt. Zwar nimmt er an der Rechtsprechung im engeren Sinne nicht teil. Aber er ist Gerichtsherr für die Sachen, die dem Reichskriegsgericht in erster und letzter Instanz zugewiesen sind. Außerdem hat er die neue und bedeutungsvolle Aufgabe, dem Reichskriegsminister über seine Erfahrungen in der Strafrechtspflege der Wehrmacht zu berichten. Um diese Aufgabe erfüllen zu können, darf er den Sitzungen der Gerichte der Wehrmachtteile beiwohnen, — eine Befugnis, die den Gerichtsherren der Wehrmachtteile durch die Militärstrafgerichtsordnung ausdrücklich entzogen ist (§§ 39, 40, 223).

Ein Präsidium ist beim Reichskriegsgericht nicht gebildet. Die Geschäftsordnung stellt der Präsident auf. Die allgemeine Dienstaufsicht über die Ausübung der gesamten Militärgerichtsbarkeit, auch im Bereich des Reichskriegsgerichts, steht dem Reichskriegsminister zu.

Die Senate bestehen aus richterlichen Militärjustizbeamten und Offizieren. Sie haben fünf Mitglieder, in der Regel einen Senatspräsidenten, zwei Reichskriegsgerichtsräte und zwei Offiziere; im Verfahren der ersten und letzten Instanz fällt ein Reichskriegsgerichtsrat fort, an seine Stelle tritt ein Offizier. Damit wird in diesen Sachen die Besetzung der des Volksgerichtshof angeglichen (§ 45).

Die Mitglieder des Reichskriegsgerichts stehen, soweit sie richterliche Militärjustizbeamte sind, den Mitgliedern des RG. gleich. Auch die Offiziere werden vom Führer und Reichskanzler ernannt. Die Ernennung erfolgt auf die Dauer von mindestens zwei Jahren. Für eine Übergangszeit gilt das noch nicht. Die Offiziere müssen mindestens im Rang der Stabsoffiziere stehen.

Der Einheitlichkeit der Rechtsprechung innerhalb des Gerichts dient die Einrichtung eines Großen Senats, der aus neun Mitgliedern, darunter vier Offizieren, besteht (§ 47).

Das Reichskriegsgericht ist, im Gegensatz zu den Kriegsgerichten und Oberkriegsgerichten, die vom Gerichtsherrn für den Einzelfall berufen werden, ein ständiges Gericht. Daraus ergab sich die Notwendigkeit der Errichtung einer selbständigen Anklagebehörde. Auch das entspricht dem früher geltenden Recht. Als Anklagebehörde wird beim Reichskriegsgericht eine Reichskriegsanwaltschaft gebildet. Sie wird von einem Oberreichskriegsanwalt geleitet. Seine Stellung weist manche Besonderheiten auf. Er ist dem Präsidenten des Reichskriegsgerichts unterstellt. Er hat im Verhältnis zu dem Präsidenten die Aufgaben, die im Verfahren der unteren Instanzen den richterlichen Militärjustizbeamten im Verhältnis zu ihrem Gerichtsherrn zufallen, soweit es sich nicht um die richterliche Tätigkeit im erkennenden Gericht handelt. Das bedeutet: der

Oberreichskriegsanwalt hat die Entscheidungen und Verfügungen des Präsidenten in Strafsachen mit zu unterzeichnen. Durch die Unterzeichnung übernimmt er die Mitverantwortung für ihre Rechtmäßigkeit. Bei Meinungsverschiedenheiten über die Gesetzmäßigkeit einer Weisung hat er eine Vorstellungspflicht. Bleibt die Vorstellung erfolglos, so entscheidet der Reichskriegsminister. Im Verfahren erster und letzter Instanz führt der Oberreichskriegsanwalt das Ermittlungsverfahren und vertritt die Anklage. Er hat insoweit die weitgehenden Befugnisse, die die Militärstrafgerichtsordnung dem Untersuchungsführer einräumt und die viel größer sind als die Befugnisse des Staatsanwalts im allgemeinen Strafverfahren. Eine Besonderheit besteht nur für eidliche Vernehmungen. In Revisionssachen vertritt der Oberreichskriegsanwalt die Durchführung der Revision. Seine Stellung ist hierbei vorwiegend begutachtender Art. Eine eigene Verfügung über die Strafverfolgung hat er insoweit nicht (§§ 53, 320).

Die Zuständigkeit des Reichskriegsgerichts erstreckt sich auf fünf Gebiete: auf Strafsachen erster und letzter Instanz, auf Revisionssachen, auf bestimmte Wiederaufnahmeentscheidungen, in begrenztem Umfang auf Entscheidungen über Rechtsbeschwerden und auf Gutachten für den Reichskriegsminister (§§ 55, 56).

Das alte Reichsmilitärgericht wurde als Gericht erster und letzter Instanz nicht tätig. Erwägungen der Zweckmäßigkeit haben jetzt dazu geführt, die Strafsachen, für die im Bereich der allgemeinen Gerichtsbarkeit der Volksgerichtshof zuständig ist, in erster und letzter Instanz für den Bereich der Militärgerichtsbarkeit dem Reichskriegsgericht zu übertragen. Das betrifft also vornehmlich Hochverrat, Landesverrat, Kriegsverrat und schwere Fälle der Wehrmittelbeschädigung. Sachen von geringerer Bedeutung kann der Präsident des Reichskriegsgerichts an den sonst zuständigen Gerichtsherrn verweisen. Im mobilen Verfahren besteht die Zuständigkeit des Reichskriegsgerichts nicht.

Das Hauptgebiet der Tätigkeit des Reichskriegsgerichts wird die Entscheidung in Revisionssachen sein. Die Zulässigkeit der Rev. ist im Verhältnis zu dem seit dem 1. Jan. 1934 geltenden Recht erheblich ausgedehnt. Die Rev. gegen Urteile der Oberkriegsgerichte ist zulässig wegen aller Straftaten gegen das Militärstrafgesetzbuch, wegen aller Verbrechen gegen die allgemeinen Strafgesetze und wegen eines Vergehens gegen die allgemeinen Strafgesetze dann, wenn durch die Tat oder im Zusammenhang mit ihr eine militärische Dienstpflicht verletzt worden ist. Dazu treten einige Sonderfälle (§ 359).

Über Wiederaufnahmesachen entscheidet das Reichskriegsgericht zunächst in den Sachen, in denen es selbst in erster und letzter Instanz zuständig ist, ferner dann, wenn die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urteil eines Oberkriegsgerichts geschlossenen Verfahrens beantragt wird (über Wiederaufnahmeanträge gegen rechtskräftige Urteile eines Kriegsgerichts entscheidet das Oberkriegsgericht [§§ 409, 410, 401]). Des weiteren hat das Reichskriegsgericht auf Ersuchen des Reichskriegsministers Gutachten zu erstatten.

Das Verfahren in den Sachen erster und letzter Instanz entspricht im allgemeinen dem Verfahren vor den Kriegsgerichten. Gerichtsherr ist, wie bereits erwähnt, der Präsident des Reichskriegsgerichts. Seine Entscheidungen sind nicht anfechtbar. In diesen Sachen ist vor dem Reichskriegsgericht die Verteidigung notwendig. Der Kreis der Verteidiger wird auf Offiziere und Rechtsanwälte beschränkt. Die Wahl eines Verteidigers bedarf der Genehmigung durch den Präsidenten des Reichskriegsgerichts. Die Genehmigung ist widerruflich; in der Hauptverhandlung entscheidet der Senat. Ein Offizier bedarf zur Übernahme einer Wahlverteidigung auch der Genehmigung des nächsten Disziplinarvorgesetzten (§§ 318 ff.).

Bis zum Inkrafttreten der VO. war für die Entscheidung über Revisionen das Reichsgericht zuständig, zur Entscheidung in erstinstanzlichen Sachen bei Personen, die an sich der Militärgerichtsbarkeit unterliegen, der Volksgerichtshof. Sachen, die bei diesen Gerichten anhängig sind, gehen auf das Reichskriegsgericht (Art. 4 VO. v. 5. Sept. 1936 [RGBl. I, 718]).

Aufgabe der Zukunft bleibt es, dafür zu sorgen, daß zwischen der Rechtsprechung des RG., des Volksgerichtshofes und des Reichskriegsgerichts eine Verbindung hergestellt wird, die Meinungsverschiedenheiten in Fragen von besonderer und grundsätzlicher Bedeutung verhütet oder ausgleicht.

Die Strafbarkeit von Ausländern nach § 5 Abs. 2 BlutschutzG.

Von Landgerichtsrat Dr. Wilhelm v. Ammon, Berlin

I.

Kraft dem das geltende deutsche Strafrecht beherrschenden Territorialitätsprinzip finden die deutschen Strafgesetze auf alle im deutschen Reichsgebiet begangenen Straftaten Anwendung, auch wenn der Täter ein Ausländer ist (vgl. § 3 StGB.). Das in § 2 BlutschutzG. ausgesprochene Verbot des außerehelichen Verkehrs zwischen Juden und Staatsangehörigen deutschen oder artverwandten Blutes und die in § 5 Abs. 2 dieses Ges. aufgestellte Strafdrohung gegen den Mann, der dem angeführten Verbote zuwiderhandelt, richten sich daher auch gegen Ausländer. Immerhin sind bei der Anwendung der bezeichneten Vorschriften des BlutschutzG. Inländer und Ausländer nicht durchweg gleich zu behandeln.

1. § 2 BlutschutzG. dient wie das ganze Gesetz dem Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre. Er verbietet den außerehelichen Verkehr zwischen Juden und Personen deutschen oder artverwandten Blutes nicht allgemein ohne Rücksicht auf die Staatsangehörigkeit der letzteren, sondern lediglich zwischen Juden und Staatsangehörigen, d. h. — vgl. § 1 Abs. 1 der 1. AusfVO. zum BlutschutzG. v. 14. Nov. 1935 (RGBl. I, 1334) — deutschen Staatsangehörigen deutschen oder artverwandten Blutes. Das Verbot des § 2 können zwar ausländische wie inländische Juden, aber nur deutschblütige Inländer, nicht auch deutschblütige Ausländer übertreten. Anders ausgedrückt, das Verbot des § 2 richtet sich an deutschblütige wie an jüdische Inländer, aber nur an jüdische, nicht auch an nichtjüdische Ausländer.

Keine Rolle spielt es für die Anwendung des § 2, ob der ausländische Jude männlichen oder weiblichen Geschlechts ist. Den ausländischen Jüdinnen ist der außereheliche Geschlechtsverkehr mit deutschblütigen Männern deutscher Staatsangehörigkeit ebenso verboten wie den ausländischen (männlichen) Juden der außereheliche Geschlechtsverkehr mit deutschblütigen Frauen deutscher Staatsangehörigkeit. Anderes gilt für die Strafbarkeit nach § 5 Abs. 2 BlutschutzG. Strafbar ist nur der Mann, nicht auch die Frau. Es können daher auch nur die ausländischen Juden männlichen Geschlechts, nicht auch die ausländischen Jüdinnen wegen ihres außerehelichen Verkehrs mit deutschblütigen Personen deutscher Staatsangehörigkeit bestraft werden.

Bei der Beteiligung von Ausländern ergibt sich demnach folgendes Bild:

Nicht verboten ist der außereheliche Geschlechtsverkehr

a) zwischen ausländischen Juden und Ausländern deutschen oder artverwandten Blutes,

b) zwischen Juden deutscher Staatsangehörigkeit und Ausländern deutschen oder artverwandten Blutes.

Verboten ist der außereheliche Verkehr zwischen ausländischen Juden und deutschen Staatsangehörigen deutschen oder artverwandten Blutes.

Strafbar ist im letzteren Fall stets nur der männliche Teil, mag er nun ausländischer Jude oder deutschblütiger Staatsangehöriger sein.

2. Wer Jude i. S. des § 2 BlutschutzG. ist, bestimmt § 5 der 1. VO. zum RBürgerG. v. 14. Nov. 1935 (RGBl. I,

1333) — vgl. § 1 Abs. 3 der 1. AusfVO. zum BlutschutzG. —. Danach ist — ohne Rücksicht auf die Staatsangehörigkeit — Jude, wer von mindestens drei der Rasse nach volljüdischen Großeltern abstammt. Als Jude gilt aber weiter auch der von zwei volljüdischen Großeltern abstammende staatsangehörige jüdische Mischling, der eine der in § 5 Abs. 2 der 1. VO. zum RBürgerG. aufgestellten besonderen Voraussetzungen (Bekenntnis zum Judentum durch Annahme der jüdischen Religion oder durch Verheiratung mit einem Juden, Abstammung aus einer ehelichen oder außerehelichen Verbindung mit einem Juden, die erst nach Inkrafttreten des BlutschutzG. eingegangen ist) erfüllt. Diese Bestimmung gilt ausdrücklich nur für staatsangehörige jüdische Mischlinge. Ausländische jüdische Mischlinge gelten nicht als Juden, sondern bleiben auch dann Mischlinge, wenn bei ihnen eine der in § 5 Abs. 2 aufgestellten Voraussetzungen gegeben ist[1]). Es ist daher z. B. einem von zwei volljüdischen Großeltern abstammenden jüdischen Mischling deutscher Staatsangehörigkeit, der der jüdischen Religionsgemeinschaft angehört, verboten, mit einer deutschblütigen deutschen Staatsangehörigen außerehelich zu verkehren. Dagegen besteht dieses Verbot für einen ausländischen von zwei volljüdischen Großeltern abstammenden jüdischen Mischling, der der jüdischen Religionsgemeinschaft angehört, nicht.

3. Auch für die Frage der Strafbarkeit von Zuwiderhandlungen gegen § 2 BlutschutzG., die im Ausland begangen sind, ist es von Bedeutung, ob die Täter deutsche Staatsangehörige oder Ausländer sind.

Betrachtet man zunächst nur den Wortlaut der in Frage kommenden gesetzlichen Bestimmungen, so kann für die Bestrafung rassenschänderischen Verkehrs im Ausland höchstens § 4 Abs. 2 Nr. 3 StGB. herangezogen werden, wonach „ein Deutscher, welcher im Auslande eine Handlung begangen hat, die nach den Gesetzen des Deutschen Reichs als Verbrechen oder Vergehen anzusehen und durch die Gesetze des Orts, an welchem sie begangen wurde, mit Strafe bedroht ist, nach den Strafgesetzen des Deutschen Reichs verfolgt werden kann". Danach kommt also die Bestrafung von Ausländern überhaupt nicht in Frage und für die Bestrafung der Inländer ist Voraussetzung, daß die Gesetze des Begehungsorts den in Rede stehenden Geschlechtsverkehr ebenfalls mit Strafe bedrohen. Da die Bestrafung rassenschänderischen Verkehrs bis jetzt eine Besonderheit des deutschen Rechts ist, ist diese Voraussetzung jedenfalls nie in der Weise erfüllt, daß der rassenschänderische Verkehr als solcher von dem ausländischen Recht mit Strafe bedroht ist. Denkbar ist aber, daß der Geschlechtsverkehr unter einem anderen Gesichtspunkt, etwa als Sittlichkeitsdelikt oder als Ehebruch, nach dem Recht des Begehungsorts strafbar ist. Genügt auch dies zur Anwendung des § 4 Abs. 2 Nr. 3 StGB.? In der Rechtslehre[2]) und Rechtsprechung[3]) ist bisher allgemein angenommen worden, daß diese Bestimmung anwendbar sei, wenn die Gesetze des Begehungsorts die in Frage kommende konkrete Handlung unter irgendeinem Gesichtspunkt mit krimineller Strafe bedrohen. Nach Stuckart-Globke[4]) soll denn auch die Bestrafung von deutschen Staatsangehörigen nach § 5 Abs. 2 BlutschutzG. möglich sein, wenn ihr im Ausland vollzogener rassenschänderischer Verkehr nach dem Recht des Begehungsorts etwa als Ehebruch strafbar ist. Gegen diese Ansicht erheben sich jedoch starke Bedenken. Nach dem der Bestimmung des § 4 Abs. 2 Nr. 3 StGB. zugrunde liegenden Sinn handelt Deutschland bei der Bestrafung der von Deutschen im Ausland begangenen Verbrechen und Vergehen weniger im deutschen als im ausländischen Interesse; „es sieht die Interessen des Auslandes als verletzt an und übernimmt die Bestrafung an Stelle des Auslandes"[5]). Damit ist aber die Bestrafung von Auslandstaten unter einem dem ausländischen Strafrecht gänzlich fremden Gesichtspunkt nicht vereinbar. Die abweichende Ansicht in der früheren Rechtslehre und Rechtsprechung erklärt sich daraus, daß bisher offenbar stets nur Fälle zur Debatte standen, die im deutschen und im ausländischen Recht unter verwandten Gesichtspunkten strafbar waren. Die Frage, ob § 4 Abs. 2 Nr. 3 StGB. die Bestrafung von Auslandstaten unter einem dem ausländischen Recht ganz fremden Gesichtspunkt zuläßt, ist erst mit dem Erlaß der deutschen Rassengesetzgebung, die im Ausland ihresgleichen nicht hat, brennend geworden. Sie wird nach dem Gesagten zu verneinen sein, so daß also auch für die Bestrafung von Inländern wegen eines im Ausland vollzogenen rassenschänderischen Verkehrs § 4 Abs. 2 Nr. 3 StGB. nicht als gesetzliche Grundlage dienen kann.

Dagegen dürfte die Bestrafung von Rassenschändern, die das Verbot des § 2 BlutschutzG. im Ausland übertreten haben, auf Grund entsprechender Anwendung der Strafgesetze gemäß § 2 StGB. i. d. Fass. des Ges. v. 28. Juni 1935 (RGBl. I, 839) möglich sein. Es kann wohl kein Zweifel darüber bestehen, daß das gesunde Volksempfinden, auf das § 2 StGB. abstellt, dann Bestrafung verlangt, wenn deutsche Staatsangehörige verschiedener Rasse sich zur Umgehung des Verbots des § 2 BlutschutzG. vorübergehend in das Ausland begeben und dort geschlechtlich miteinander verkehren[6]). Daß die deutschen Strafgesetze den deutschen Staatsangehörigen grundsätzlich auch im Ausland ohne Rücksicht auf das ausländische Recht binden, wird ja auch das künftige deutsche Strafrecht ausdrücklich festlegen[7]). Die Strafbarkeit rassenschänderischen Verkehrs im Ausland dürfte jedoch nicht auf die Fälle beschränkt sein, in denen lediglich deutsche Staatsangehörige beteiligt sind. Begibt sich ein in Deutschland wohnhafter deutschblütiger deutscher Staatsangehöriger mit einer in Deutschland wohnhaften ausländischen Jüdin über die Grenze und vollzieht mit ihr im Ausland den Geschlechtsverkehr, so ist nicht einzusehen, warum er nur deshalb straffrei ausgehen soll, weil seine Partnerin eine ausländische Staatsangehörigkeit besitzt. Seine Bindung an die deutschen Gesetze wird nicht dadurch gelockert, daß er sich mit einer Ausländerin vergeht. Zweifelhafter ist die Rechtslage, wenn ein ausländischer Jude mit einer deutschen Staatsangehörigen deutschen oder artverwandten Blutes im Ausland außerehelich verkehrt. Auch das kommende deutsche Strafrecht wird die von Ausländern begangenen Auslandstaten grundsätzlich straflos lassen[8]). Dennoch sind auch hier Fälle denkbar, in denen das gesunde Volksempfinden die Bestrafung des Ausländers im Wege entsprechender Gesetzesanwendung fordert. Man denke etwa an den Fall, daß ein in Lindau wohnender ausländischer Jude ein Liebesverhältnis mit einer ebenfalls in Lindau wohnenden deutschblütigen deutschen Staatsangehörigen angeknüpft hat und sich mit ihr in bewußter Umgehung des § 2 BlutschutzG. regelmäßig am Wochenende zur Ausübung des Geschlechtsverkehrs über die Grenze nach Bregenz begibt. Gerade zur Erfassung solcher Versuche, durch die Maschen des Gesetzes zu schlüpfen, ist die neue Fassung des § 2 StGB. geschaffen worden. Die Bestrafung einer solchen von einem Ausländer im Ausland begangenen Tat läßt sich auch damit rechtfertigen, daß es sich bei der Tat um Rasseverrat handelt und daß bei anderen Verratstaten, nämlich bei Hoch- und Landesverrat, schon das geltende Recht die Verfolgung von Auslandstaten von Ausländern zuläßt.

4. Schließlich nehmen die Ausländer bei der Anwendung des § 5 Abs. 2 BlutschutzG. insofern eine besondere Stellung ein, als nach § 16 Abs. 2 der 1. AusfVO. zum BlutschutzG. die Strafverfolgung eines fremden Staatsangehörigen der Zustimmung der Reichsminister der Justiz und des Innern bedarf. Die Erteilung der Zustimmung ist keine Bedingung der Strafbarkeit, sondern der Verfolgung; sie ist keine materiell-strafrechtliche, sondern eine prozessuale Erscheinung. Ihr Fehlen

[1]) Vgl. Stuckart-Globke, RBürgerG., BlutschutzG., EhegesundhG. S. 75.

[2]) Vgl. z. B. v. Liszt-Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 25. Aufl., S. 130 f.; Reinhard Frank, Kommentar zum StGB., 18. Aufl., §§ 4, 5, III 3 b α.

[3]) Vgl. vor allem RGSt. 5, 424.

[4]) a. a. O. S. 123 f.

[5]) So Reinhard Frank a. a. O. §§ 4, 5, III 3 b.

[6]) So die bei Krug-Schäfer-Stolzenburg, Strafrechtliche Verwaltungsvorschriften S. 249 abgedruckte RdVfg. des RJM. v. 2. April 1936 (1121 — IIa 18501/36); ebenso Schwarz, StGB., 4. Aufl., § 2 Anm. 3 K und Kuhn, DJ. 1936, 1008.

[7]) Vgl. Reimer in Gürtner, Das kommende deutsche Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., S. 223.

[8]) Vgl. Reimer a. a. O.

verhindert — entgegen dem Wortlaut des § 16 Abs. 2 — nicht schon die Einleitung eines vorbereitenden Verfahrens und auch nicht die Ergreifung erforderlicher Zwangsmaßnahmen, insbesondere die Erlassung eines Haftbefehls[9]), wohl aber die Erhebung der öffentlichen Klage und die Erlassung eines Urteils. Ob die erforderliche Zustimmung erteilt ist, ist von Gericht und Staatsanwalt von Amts wegen zu prüfen. Bei Fehlen der erforderlichen Zustimmung ist das Verfahren einzustellen, nicht etwa der Beschuldigte freizusprechen. Ein trotz Fehlens der erforderlichen Zustimmung unzulässigerweise ergangenes Urteil ist jedoch nicht etwa nichtig.

II.

Die unter I verwandten Begriffe des deutschen Staatsangehörigen, des Ausländers und des fremden Staatsangehörigen bedürfen noch nach zwei Richtungen der Abgrenzung. Es ist zu untersuchen, inwieweit Personen, die keinem Staat angehören, die sog. Staatenlosen, und Personen, die die Staatsangehörigkeit mehrerer Staaten besitzen, die sog. Doppelstaater, von ihnen erfaßt werden.

1. Staatenlose

a) Nach § 15 der 1. AusfVO. zum BlutschutzG. sind die Vorschriften des BlutschutzG. und seiner Ausführungsverordnungen, die sich auf deutsche Staatsangehörige beziehen, auch auf Staatenlose anzuwenden, die ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Inlande haben, während Staatenlose, die ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Auslande haben, nur dann unter diese Vorschriften fallen, wenn sie früher die deutsche Staatsangehörigkeit besessen haben. Danach ist also auch der außereheliche Verkehr zwischen Juden und Staatenlosen deutschen oder artverwandten Blutes, die ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Inland haben oder die früher die deutsche Staatsangehörigkeit besessen haben, verboten und strafbar. Daß umgekehrt auch der außereheliche Verkehr zwischen staatenlosen Juden — und hier ohne Rücksicht auf Wohnsitz, gewöhnlichen Aufenthalt und frühere Staatsangehörigkeit — und deutschblütigen deutschen Staatsangehörigen verboten und strafbar ist, ist selbstverständlich. Richtet sich ja das Verbot des § 2 BlutschutzG. an alle Juden ohne Unterschied der Staatsangehörigkeit, an ausländische wie an inländische und selbstverständlich auch an staatenlose Juden.

b) Die Bestimmung des § 5 Abs. 2 der 1. VO. zum RBürgerG., nach der auch der von zwei volljüdischen Großeltern abstammende jüdische Mischling unter bestimmten Voraussetzungen als Jude gilt, ist, wie oben bemerkt, auf staatsangehörige jüdische Mischlinge beschränkt. Die unter a angeführte Vorschrift des § 15 der 1. AusfVO. zum BlutschutzG. dürfte aber auch hier anzuwenden sein[10]). Sie ist zwar nur eine Vorschrift zur Ausführung der Vorschriften des BlutschutzG. und seiner Ausführungsverordnungen. Als Vorschrift einer „Ausführungsverordnung" des BlutschutzG. wird aber auch die Bestimmung des § 5 Abs. 2 der 1. VO. zum RBürgerG. insoweit anzusehen sein, als sie für das BlutschutzG. den Begriff des Juden festlegt. Danach gelten also auch die von zwei volljüdischen Großeltern abstammenden staatenlosen jüdischen Mischlinge, die die besonderen Voraussetzungen des § 5 Abs. 2 der 1. VO. zum RBürgerG. erfüllen, als Juden i. S. des § 2 BlutschutzG., wenn sie ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Inland haben oder wenn sie früher deutsche Staatsangehörige gewesen sind. Auch solchen staatenlosen jüdischen Mischlingen ist daher der außereheliche Verkehr mit deutschen Staatsangehörigen deutschen oder artverwandten Blutes verboten. Dagegen besteht das Verbot für staatenlose jüdische Mischlinge, die in Deutschland weder Wohnsitz noch gewöhnlichen Aufenthalt haben und die auch nicht früher deutsche Staatsangehörige gewesen sind, nicht.

c) Die Bestrafung Staatenloser, die im Ausland rassenschänderischen Verkehr gepflogen haben, auf Grund des § 4 Abs. 2 Nr. 3 StGB. ist — ganz abgesehen von der oben erörterten Frage, ob auf diese Bestimmung die Bestrafung rassenschänderischen Verkehrs im Ausland überhaupt gestützt werden kann — schon aus dem Grund nicht möglich, da § 4 Abs. 2 Nr. 3 StGB. den Besitz der deutschen Staatsangehörigkeit voraussetzt. Staatenlose sind hier den deutschen Staatsangehörigen in keinem Fall gleichgestellt. Dagegen ist die Bestrafung von Auslandstaten Staatenloser im Wege entsprechender Gesetzesanwendung nicht ausgeschlossen. Die Staatenlosen können allerdings auch hier nicht wie deutsche Staatsangehörige behandelt werden, sondern es gilt für sie im wesentlichen das gleiche, was oben unter I 3 über die Strafbarkeit von Ausländern ausgeführt ist. Immerhin wird man sich unter Umständen bei Staatenlosen, zumal wenn sie früher die deutsche Staatsangehörigkeit besessen haben, leichter als bei fremden Staatsangehörigen zur entsprechenden Gesetzesanwendung entschließen.

d) Schon der Wortlaut des § 16 Abs. 2 der 1. AusfVO. zum BlutschutzG., wonach die Strafverfolgung eines fremden Staatsangehörigen der Zustimmung der Reichsminister der Justiz und des Innern bedarf, läßt darauf schließen, daß diese Vorschrift auf Staatenlose nicht anwendbar ist[11]). Denn während der Begriff des Ausländers in der Regel negativ in dem Sinn von „Nicht-Deutscher" zu verstehen ist, so daß der Staatenlose von ihm erfaßt wird[12]), deutet die Wahl des Ausdrucks „fremder Staatsangehöriger" darauf hin, daß hier etwas Positives, nämlich der Besitz einer fremden Staatsangehörigkeit, verlangt wird. Daß zur Strafverfolgung Staatenloser die Zustimmung der Reichsminister der Justiz und des Innern nicht erforderlich ist, ergibt sich aber auch aus dem gesetzgeberischen Grund der Vorschrift. Diese verfolgt den Zweck, Schwierigkeiten, die sich bei der Anwendung der deutschen Rassengesetzgebung auf Ausländer ergeben können, möglichst auszuschalten[13]). Es ist aber nicht einzusehen, inwiefern solche Schwierigkeiten bei der Strafverfolgung eines Staatenlosen wegen einer Verfehlung nach dem BlutschutzG. auftreten könnten.

2. Doppelstaater

Hier ist zu unterscheiden zwischen den Personen, die neben der deutschen Staatsangehörigkeit eine oder mehrere fremde Staatsangehörigkeiten besitzen, und den Personen, bei denen nur mehrere fremde Staatsangehörigkeiten zusammentreffen. Die letzteren Fälle bieten keinerlei Schwierigkeit. Personen mit mehrfacher ausländischer Staatsangehörigkeit sind bei der Anwendung des BlutschutzG. in keinem Punkte anders zu behandeln als Personen, die nur eine ausländische Staatsangehörigkeit besitzen.

Nicht ganz so einfach sind die ersteren Fälle zu entscheiden. Es handelt sich hier um die selbstverständlich nicht nur bei der Anwendung des BlutschutzG., sondern auch bei der Beurteilung sonstiger Rechtsbeziehungen der Doppelstaater auftauchende Frage, welcher Staatsangehörigkeit der Vorrang zukommt, der deutschen oder der ausländischen. Diese Frage kann vom Standpunkt des deutschen Rechts aus nur im ersten Sinn beantwortet werden. Vom Standpunkt des deutschen Rechts aus besteht kein Grund, bei dem Zusammentreffen der deutschen mit einer fremden Staatsangehörigkeit der fremden den Vorzug zu geben; diese muß vielmehr hinter der deutschen zurücktreten. Die Doppelstaater, die neben der deutschen eine oder mehrere fremde Staatsangehörigkeiten besitzen, sind also bei der Anwendung des BlutschutzG. stets als Deutsche zu behandeln. Sie sind Staatsangehörige i. S. des § 2 BlutschutzG. und i. S. des § 5 Abs. 2 der 1. VO. zum RBürgerG., sie sind Deutsche i. S. des § 4 Abs. 2 Nr. 3 StGB. und sie sind endlich nicht fremde Staatsangehörige i. S. des § 16 Abs. 2 der 1. AusfVO. zum BlutschutzG.

---

[9]) Vgl. Nr. 398a Abs. 2 der vom RJM. erlassenen Richtlinien für das Strafverfahren — AV. v. 13. April 1935 — (Amtl. Sonderveröffentlichung der DJ. Nr. 7) i. d. Fass. der AV. v. 17. Dez. 1935 (DJ. S. 1854).

[10]) So anscheinend auch Stuckart-Globke a. a. O. S. 75.

[11]) So auch Stuckart-Globke a. a. O. S. 146.

[12]) Vgl. z. B. § 6 Ges. über Reichsverweisungen v. 23. März 1934 (RGBl. I, 213), ferner Mettgenberg, Erläuterungsbuch zum DAusliefG. S. 168 f.

[13]) Vgl. Stuckart-Globke a. a. O. S. 146.

In der Frage der Anwendung des erwähnten § 16 Abs. 2 auf Doppelstaater hat sich kürzlich das LG. Essen in einem bisher anscheinend noch nicht veröffentlichten Beschl. v. 9. Juni 1936 (29 KLs 5/36) auf den gegenteiligen Standpunkt gestellt und hat die Eröffnung des Hauptverfahrens gegen einen Doppelstaater, der die deutsche und die britische Staatsangehörigkeit besaß, mit der Begründung abgelehnt, daß zu seiner Strafverfolgung die Zustimmung der Reichsminister der Justiz und des Innern erforderlich, diese aber nicht erteilt sei. Die Begründung dieses Beschlusses haftet zu sehr an den in § 16 Abs. 2 gebrauchten Worten „fremder Staatsangehöriger" und vermag nicht zu dem Kernpunkt des Problems des Doppelstaaters durchzudringen. Der Beschluß des LG. ist denn auch mit Recht vom OLG. Hamm (Beschl. v. 30. Juni 1936, 1 Ws 287/36, anscheinend ebenfalls noch nicht veröffentlicht) aufgehoben worden.

Das „Schmerzensgeld" ein Entschädigungsanspruch

Von Dr. Werner Peterßen, Magdeburg

Das „Schmerzensgeld" bietet in mancher Beziehung Probleme, die einer Untersuchung wert sind. Besonders schwierig gestaltet sich die Bemessung der Höhe des Schmerzensgeldes. Der „Schmerzensgeldanspruch"[1]) ist m. E. ein reiner Entschädigungsanspruch, denn § 847 BGB. betont, daß in den dort aufgeführten Fällen wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld verlangt werden kann. Bei dieser klaren Fassung der gesetzlichen Bestimmung könnten Zweifel nicht bestehen; die Praxis läßt die Tatsache, daß das „Schmerzensgeld" Entschädigung für einen erlittenen Schaden ist, aber leider unbeachtet. Unter Berücksichtigung des Entschädigungscharakters des Schmerzensgeldes ist m. W. die Frage nach der Bemessung der Höhe dieses Anspruches noch nicht behandelt worden[2]).

A.

I. Obwohl nach moderner Auffassung — insbesondere in den Kommentaren[3]) — der Ersatz des ideellen Schadens für möglich gehalten wird, hat man sich in der Rechtsprechung — ob bewußt oder unbewußt, mag dahingestellt bleiben — von der Vorstellung des angeblich pönalen Charakters und des pönalen Elements des Schmerzensgeldes noch nicht freimachen können. Es wird sowohl in der Rechtslehre als auch in der Rechtsprechung der Standpunkt eingenommen, daß bei der „Bemessung der billigen Entschädigung" (§ 847 BGB.) insbesondere die guten Vermögensverhältnisse des Ersatzverpflichteten zu berücksichtigen seien[4]). Eine Begründung findet ein solcher Standpunkt nur in der Auffassung, daß das Schmerzensgeld eine Strafe für den Ersatzpflichtigen ist[5]). Diese Auffassung ist m. E. nicht richtig, da sie mit unseren Rechtsanschauungen und unserem Rechtssystem in ernsten Konflikt kommen muß.

Der Gedanke einer öffentlichen Strafe scheidet m. E. für die Beurteilung der Rechtsnatur des Schmerzensgeldes vollständig aus. Der Strafzweck steht dem Zweck des Schadensersatzes klar entgegen. Zweck des Schadensersatzanspruchs ist es, ein bestehendes Übel, d. h. eine Verletzung von Gütern, wieder auszugleichen und, wenn möglich, sogar zu beseitigen. Die Tatsache, daß die Verpflichtung zur Zahlung einer Schadensersatzsumme von dem zur Leistung Verpflichteten meist als Übel angesehen wird, ist m. E. eine durch die menschliche Natur bedingte Begleiterscheinung, die rechtlich nicht bedeutsam ist. Außerdem ist beachtlich, daß das Schmerzensgeld im Bürgerlichen Gesetzbuch geregelt ist. Daher haben irgendwelche Strafgedanken bei der Betrachtung auszuscheiden.

Wollte man die Zahlung der Ersatzsumme als Strafe ansehen, so würde m. E. auch dem Grundsatz „ne bis in idem" zuwidergehandelt werden.

Gegen die Auffassung, daß das Schmerzensgeld eine Zivilstrafe ist, spricht der Umstand, daß die Ersatzsumme für das Schmerzensgeld auch von Dritten, d. h. am Schaden nicht Beteiligten, gezahlt werden kann, wie das von dem Haftpflichtversicherer für den Haftpflichtversicherten stets geschieht.

Über das Verhältnis zwischen Schmerzensgeldanspruch und der im Strafgesetz geregelten Buße ist zu sagen, daß die Buße mit dem Schmerzensgeld trotz des bis zu einem gewissen Grade zivilrechtlichen Charakters nicht zu verwechseln ist, da die Buße eben immer einen kleinen „Nebengeschmack" einer „Genugtuung[6]) für den Verletzten" hat. Das kann man z. B. aus der Stellung im StGB. entnehmen.

Hiernach steht fest, daß das Schmerzensgeld weder Strafe, sei es öffentliche oder private, noch Buße ist.

II. Wenn das Schmerzensgeld ein Entschädigungsanspruch ist, dann muß durch die Leistung des „Schadensersatzes" ein Schaden beseitigt werden. Voraussetzung ist also das Vorhandensein eines Schadens. Da nun Schmerzensgeld nur bei Nichtvermögensschaden, nie bei Vermögensschaden, wohl aber daneben, gezahlt wird, entsteht die allgemeine Frage, ob ein Nichtvermögensschaden überhaupt ein Schaden im Sinne des BGB. ist.

Unter Schaden versteht man allgemein die infolge eines bestimmten Ereignisses gegen den Willen eingetretene ungünstige Veränderung der Verhältnisse einer Person in Ansehung eines ihr zustehenden Rechtsgutes. Diese Definition des Schadens ist einfach, solange es sich um Vermögensschaden handelt, da hier die Entstehung eines Schadens ganz offensichtlich ist. Schwieriger wird aber das Problem, wenn vom Nichtvermögensschaden die Rede ist. Das kommt daher, weil eine direkte Einwirkungsmöglichkeit auf das immaterielle Gut überhaupt nicht vorhanden ist. Um die Frage restlos zu klären, muß gründlich untersucht werden, wie und auf welchem Wege überhaupt ein Nichtvermögensschaden entsteht und Ersatz dieses Schadens vor sich geht.

Weil eine Einwirkungsmöglichkeit auf das immaterielle Gut nicht gegeben ist, kann das immaterielle Gut unmittelbar nicht verletzt werden. Da nun ein Schaden eine Verletzung voraussetzt, entsteht die Frage: Wo liegt die Verletzung beim immateriellen Schaden? Man muß sich darüber klarwerden, daß die Existenz eines jeden abstrakten (immateriellen) Gutes dadurch bedingt ist, daß gewisse konkrete Dinge gegenwärtig

---

[1]) Hierbei ist beachtlich, daß unter Schmerzensgeld nicht nur die Schmerzen im engeren Sinne, sondern die gesamten Folgen, die der Unfall für Körper und Seele nach sich zieht (körperliche Schmerzen, Verunstaltungen, Schmälerungen und Verkümmerungen des körperlichen und geistigen Empfindens), zu verstehen sind. Vgl. JW. 1915, 90; RGZ. 140, 392 = JW. 1932, 2858[5] m. Anm.; mein Aufsatz im DAutoR. 1936, 133.

[2]) Die Arbeit von Baur, Entwicklung und Reform des Schadensersatzrechts, Berlin 1935, bringt zwar auf S. 43—66 ganz allgemeine Erörterungen über die Höhe des Schadensersatzes, eine eingehende Untersuchung des „Schmerzensgeldes" fehlt. Walter, Bestimmt die Vermögenslage des Schädigers die Höhe des Schmerzensgeldes, in RdK. 1936, 238 ff. bringt interessante Gedanken über dieses Problem. Vgl. auch den Auszug der Arbeit in JW. 1936, 2773.

[3]) Planck § 847 Abs. 1; Jung in d. ges. deutschen Recht von Rudolf Stammler, Bd. I S. 447, Berlin 1931.

[4]) OLG. Hamburg: OLG. 7, 158/59 („gerade der ideelle Schaden . . . soll vom Täter gebüßt werden"); RG.: DAutoR. 1934, 152/53; Warn. 1934, 261; RG.: JurRdschPrVers. 1930, 205/06.

[5]) Auch Baur neigt in seiner Arbeit zu der Ansicht, daß das Schmerzensgeld „eine dem Schuldner auferlegte, dem Verletzten zugute kommende Sühne" ist. Nach seiner Ansicht wird hier nichts anderes als der Bußgedanke lebendig; vgl. a. a. O. S. 33.

[6]) Vgl. LpzgKomm. § 188 Anm. 1 usw. Interessant ist, daß im Schweizer Recht § 47 Schweiz. Obligationsrecht man die Entschädigung für Nichtvermögensschaden „Genugtuung" nennt.

sind. So muß der Mensch, wenn er das abstrakte Gut „Leben" besitzen will, die konkreten Güter, wie notwendige Nahrungsmittel, unversehrten Körper, Wohnung, d. h. die verschiedenen Existenzbedingungen des immateriellen Gutes besitzen. Ohne die konkreten Güter bestünde das abstrakte Gut überhaupt nicht. Wird nun auf diese, das abstrakte Gut bildenden und darstellenden Existenzbedingungen eingewirkt, so entsteht dadurch zugleich eine störende Wirkung, die sich auf die durch den Besitz des Gutes hervorgerufenen „lustbetonten" Gefühle auswirkt. In dieser nachteiligen Wirkung der Verletzung liegt der immaterielle Schaden. Die Verletzung besteht also in der Einwirkung auf bestimmte konkrete Güter. Ist aber eine solche Verletzung gegeben, so besteht kein Zweifel, daß ein Schaden im Sinne des Gesetzes vorliegt, auch wenn es sich um einen Nichtvermögensschaden handelt[7]).

Wie geht nun der Ausgleich in einem solchen Falle vor sich? Zunächst steht fest, daß das ideelle Gut in seinem Sonderdasein nicht wiederhergestellt werden kann, da es nicht meßbar, also abstrakt ist[8]). Es ist aber der Ersatz des Gutes in seiner Eigenschaft als Wertträger eines Einzelwesens und als Bestandteil des Wohlbefindens des Individuums, dessen Wohlbefinden gewissermaßen aus einer Reihe konkreter Güter besteht, durchaus möglich. Das Gesetz verbietet zwar die Anwendung des Grundsatzes der Schadensersatzleistung — Naturalrestitution — nicht, aber bei Berücksichtigung des eben Ausgeführten kann der Naturalrestitution keine große Bedeutung zukommen[9]). Der Geldersatz bei Nichtvermögensschaden ist durch § 253 BGB. sehr beschränkt[10]). Die Schadensersatzleistung kann unter den geschilderten Umständen nur in der Weise vorgenommen werden, daß auf die konkreten und meßbaren Güter eingewirkt wird, die Existenzgrundlage des immateriellen Gutes sind. Die Leistung, die zur Wiederherstellung dieser Existenzgrundlage eines immateriellen Gutes dient — soweit eine vollständige Herstellung überhaupt möglich ist —[11]), ist dann die Ersatzleistung des immateriellen Schadens. Damit ist aber nachgewiesen, daß auch das Merkmal der „Entschädigung" beim Nichtvermögensschaden vorliegt. Der Schmerzensgeldanspruch ist daher ein Entschädigungsanspruch. Dies muß m. E. bei der Beurteilung wichtiger Fragen des Schmerzensgeldes unbedingt beachtet werden. Durch Beachtung dieses Gesichtspunktes löst sich, wie gezeigt werden wird, manches Problem in der einfachsten Weise.

B.

Leider wird von den Gerichten allzuwenig beachtet, daß der Schmerzensgeldanspruch ein Entschädigungsanspruch ist. So hat das RG. in einigen Entscheidungen den Standpunkt eingenommen, daß das Vermögen des Schädigers für die Höhe des zu bemessenden Schmerzensgeldes (immateriellen Schadens) von Bedeutung sei[12]). Diese Einstellung des RG. und der übrigen Gerichte zu diesem Fragenkomplex ist unannehmbar und rechtlich nicht zu begründen[13]). Wenn man sich vor Augen halten würde, daß das Schmerzensgeld ein bestehendes übel soweit als möglich beseitigen soll, hätte man nicht zu einer solchen Auffassung kommen können. Der Anspruch auf Ersatz des immateriellen Schadens, kurz Schmerzensgeldanspruch genannt, als die nach § 847 BGB. gerechtfertigte „billige" Entschädigung in Geld, soll das Unlustgefühl durch ein entsprechendes Lustgefühl ausgleichen[14]). Nicht aber soll das Vermögen des Schädigers für die Höhe des Schmerzensgeldes, für den Ersatz des immateriellen Schadens und dessen Höhe maßgebend sein.

Aus welchem Grunde sollte die in § 249 BGB. enthaltene Grundregel nicht beachtet werden? Wenn bei einem Autozusammenstoß zwischen A. und B. der Kühler an dem Wagen des A. zerstört wird, so wird man vernünftigerweise nicht auf den Gedanken kommen, dem A., wenn B. an dem Zusammenstoß die Schuld trägt, einen höheren Ersatzanspruch zuzubilligen, weil B. reich ist, dagegen den Anspruch des A. gegen einen anderen armen Schädiger C., der die gleiche Beschädigung verursacht und verschuldet hat, geringer bemessen. Entscheidend kann nur die nötigenfalls durch objektive gutachtliche Äußerung eines Autosachverständigen festgesetzte Entschädigungssumme sein, die ausreicht, um die Beschädigungen zu beseitigen. Allein der entstandene Schaden ist maßgebend, nur nach dem Schaden errechnet sich die Höhe der Entschädigung. Ebenso kann bei der Bemessung der Höhe des immateriellen Schadens nur allein der entstandene Schaden ersetzt werden. Soweit hier eine Sachverständigenschätzung möglich ist, mag sie maßgebend sein. Da aber eine Schätzung mit Rücksicht auf das Fehlen eines allgemeinen Wertmessers fast immer versagt, insofern als es keine objektiv befriedigende Schätzung gibt, wird die Schätzung für den einen oder anderen Teil stets ungerecht erscheinen. Außerdem spielt das Gefühl, daß eine Entschädigungsverpflichtung ein übel ist, eine bedeutende Rolle. Das darf aber keine Veranlassung geben, sich einen einfacheren Weg zu suchen und einfach für die Höhe des Anspruchs das Vermögen des Schädigers maßgebend sein zu lassen. Zweifellos wird hierdurch die Schätzung erleichtert, aber eine solche Einstellung ist mit dem Gesetz unvereinbar.

M. E.[15]) spielt die Frage des Vermögens nur insoweit eine Rolle, als es in der Zwangsvollstreckung, d. h. bei der Verwirklichung des Anspruchs für den Anspruchsteller gut ist, wenn der Geschädigte Vermögen hat.

Das RG. hat, so scheint es mir, die Unrichtigkeit seiner Auffassung selbst dargetan, indem es in zwei Punkten nicht folgerichtig handelt, weil das Ergebnis, das erreicht werden würde, wenn man streng der Ansicht des RG. folgen würde, untragbar ist. Während nämlich das RG. einerseits das Vermögen des Schädigers berücksichtigen will, soll das Vermögen nicht maßgebend sein, wenn der Fiskus ersatzpflichtig ist[16]).

Die Begründung geht dahin, daß das Vermögen des Fiskus öffentlichen Zwecken (nämlich denen der Allgemeinheit und des Staates) dient, und daher nicht zum Vermögen des Geschädigten in ein Verhältnis gebracht werden kann. Warum soll die Tatsache, daß das Vermögen öffentlichen Zwecken dient, einen Unterschied machen? Diese Eigenschaft des Vermögens kann doch auf die Höhe des immateriellen Schadens, der zu ersetzen ist, keinen Einfluß haben. Wenn man unter Berücksichtigung des heute so erweiterten Begriffes des öffentlichen Zwecks diesen Gesichtspunkt tatsächlich gelten lassen wollte, dann müßte das gleiche, was man in bezug auf das Vermögen des Fiskus sagt, auch für den Fall gelten, daß der Eigentümer einer großen Munitionsfabrik zur Schmerzensgeldzahlung verpflichtet ist, weil er z. B. durch einen Autounfall die Sehkraft des einen Auges des Anspruchstellers vernichtet hat. Das Vermögen des Schädigers dient in diesem Falle auch öffentlichen Zwecken; und doch, so möchte ich annehmen, würde das RG. in diesem Fall hierauf sicherlich nicht eingehen wollen. Den Gedanken des öffentlichen Zwecks in dieses Problem hineinzutragen, ist m. E. willkürlich. Dies geschieht nur, um die untragbare Folge, daß das Schmerzensgeld sehr hoch aus-

7) Man könnte auch aus dem Gesetz ableiten, daß der Nichtvermögensschaden ein „Schaden" ist; § 253 sagt: „Schaden, der nicht Vermögensschaden ist".

8) So richtig auch Walter a. a. O.

9) Vgl. Heck, Grundriß des Schuldrechts, 1929, § 18 Nr. 4.

10) Darin liegt ein wesentlicher Unterschied zu § 251 BGB., wo der übergang zur Geldentschädigung ohne weiteres erfolgen kann, wenn die Naturalleistung aus irgendeinem Grunde nicht möglich ist.

11) Ein verunstaltetes Glied, der Verlust der Sehkraft eines Auges sind nicht wiederherstellbar. Hier kann nur insoweit ein Ausgleich geschaffen werden, als die unlustbetonten Gefühle, die hervorgerufen worden sind, und nun wahrscheinlich bis zum Lebensende nicht wieder zu beseitigen sind, einigermaßen durch eine Entschädigungszahlung in Geld ausgeglichen werden.

12) OLG. Stuttgart: VR. 1934, 4/5; RG.: DAutoR. 1934, 55/56; zum Teil heißt es in den Entscheidungen auch, daß sowohl die Vermögenslage des Geschädigten als auch die des Schädigers zu berücksichtigen sei. RG.: JW. 1933, 830 ff.; RG.: DAutoR. 1934, 94.

13) Ob de lege ferenda ein solcher Standpunkt eingenommen werden kann, soll hier nicht untersucht werden.

14) SächsRpflArch. 12, 6.

15) Verf. in DAutoR. 1936, 133 ff.

16) Vgl. RG.: JW. 1915, 920/21; Recht 1915 Nr. 2284.

fallen würde, wenn der Fiskus ersatzpflichtig ist und man der Ansicht des RG. folgt, zu beseitigen. Wenn man dagegen dem Standpunkt des RG. nicht folgt, ist man nicht zu solchen Konstruktionen gezwungen.

Nicht folgerichtig im Hinblick auf den eingenommenen Standpunkt verhält sich das RG. auch in der Frage, wie zu verfahren ist, wenn der Schädiger in denkbar ungünstigen Vermögensverhältnissen sich befindet[17]). Das RG. stellt für diesen Fall fest, daß die ungünstige Vermögenslage des Schädigers niemals dazu führen könne, dem Geschädigten jeden Anspruch auf Schmerzensgeld abzusprechen. Wollte man der Ansicht des RG. beitreten und das Vermögen des Schädigers berücksichtigen, so dürfte man auch vor der Folge nicht zurückschrecken und bei schlechten Vermögensverhältnissen des Schädigers feststellen, daß ein Schmerzensgeldanspruch nicht besteht. Dies erscheint dem RG. nicht billig, und m. E. mit Recht. Wenn man das Schmerzensgeld als eine Entschädigung ansieht, kann man nie auf den Gedanken kommen, den das RG. in den unter Anm. 16 angeführten Entscheidungen eingenommen hat. Selbstverständlich wäre das Ergebnis, zu welchem das RG. kommt, nicht zufriedenstellend; das beweist aber nur, daß die These des RG. nicht richtig ist. Diese Schwierigkeiten hätte die Praxis allgemein nicht, wenn beachtet würde, daß der Anspruch auf Ersatz des immateriellen Schadens ein reiner Entschädigungsanspruch ist, der, was die Höhe betrifft, von der Vermögenslage des Schädigers in keiner Weise abhängig ist.

Aus diesem Grunde sind m. E. auch die Entscheidungen des RG. unrichtig, die sich mit der Frage beschäftigen, ob die Tatsache, daß der Schädiger gegen die Folgen der gesetzlichen Haftpflicht versichert ist, eine Rolle bei der Bemessung des immateriellen Schadens spielt[18]). Das RG. hat die Frage verneint, und im Ergebnis ist diese Entscheidung auch zu billigen. Unrichtig und daher nicht zu billigen ist der Weg, den das RG. einschlägt, um zu diesem Ergebnis zu kommen. Das RG. untersucht die m. E. überflüssige Frage, ob der Haftpflichtversicherungsanspruch bereits zu dem Vermögen des Schädigers gehört oder nicht, unnötig. Das Vermögen ist nur ein Faktor, der bei der Verwirklichung des Anspruchs, wie bei jedem Anspruch so auch hier, eine Rolle spielt. Das RG. müßte daher die Frage, ob der Haftpflichtversicherungsanspruch zu berücksichtigen ist oder nicht, mit der Begründung abtun, daß das Vermögen des Schädigers gar nicht bedeutsam ist und es aus diesem Grunde ganz gleich ist, ob der Schädiger eine Haftpflichtversicherung abgeschlossen hat oder nicht[19]).

C.

Das RG. will bekanntlich in manchen Entscheidungen die Vermögensverhältnisse des Geschädigten und dessen persönliche Verhältnisse[20]) bei der Bemessung des Schmerzensgeldes berücksichtigen. Diese Stellungnahme des RG. läßt sich mit dem Entschädigungscharakter nicht vereinbaren. Auf den Wohlstand bzw. die Vermögenslage des Geschädigten kann m. E. nur insoweit Wert gelegt werden, als aus diesem Wohlstand zu schließen ist, daß dem Geschädigten infolge der Beschädigung größere Lebensgenüsse entgehen, der Schaden also größer ist als bei dem Verletzten, dessen beschränkte Vermögensmittel ihm solche Genüsse nicht gestatten. Wenn das RG. das Vermögen des Geschädigten auch zu dessen Ungunsten beachten will, so kann das nur aus dem Gesichtspunkt heraus geschehen, daß sich der wohlhabende Geschädigte infolge seiner Mittel mehr leisten kann und daher besser über den immateriellen Schaden hinwegkommt als der arme Geschädigte. M. E. ist dieser Gesichtspunkt mit dem Gesetz nicht vereinbar. Warum sollte eine Art „Anrechnung" des Vermögens hier stattfinden. Bei der Bemessung des Schadensersatzanspruches scheiden solche Gesichtspunkte vollständig aus. Dieses Prinzip zu durchbrechen, besteht keine Veranlassung.

D.

I. Auch die bestrittene Frage, ob das Verschulden in irgendeiner oben festgestellten Weise zu berücksichtigen ist, läßt sich unter Beachtung des Charakters des Schmerzensgeldes einwandfrei ohne Schwierigkeiten lösen.

Das RG. hat sich in einer Reihe von Entscheidungen auf den Standpunkt gestellt, daß der Grad des Verschuldens des Ersatzpflichtigen bei der Bemessung der Höhe des Schmerzensgeldes nicht zu berücksichtigen sei[21]). Die neuere Rechtsprechung steht dagegen auf dem Standpunkt, daß das Verschulden des Ersatzpflichtigen zu beachten sei[22]). So sagt das RG.[23]), daß ein besonders grobes Verschulden des Schädigers besonders aus dem Grunde beachtlich sei, weil es auf den Geschädigten erbitternd wirken kann. Dieser Standpunkt zeigt m. E. ganz klar, daß gerade das RG. vom Strafcharakter ausgeht und als Ausfluß des Strafcharakters glaubt, das Schmerzensgeld als Vergeltungsmaßnahme benutzen zu können. Es mag richtig sein, daß der Geschädigte diese Empfindungen haben kann, für die Beurteilung der Frage nach der Höhe der Entschädigung ist dies nicht maßgebend.

Die älteren Entscheidungen des RG. sind daher m. E. glücklicher und eher brauchbar. Wollte man den Standpunkt des RG. mit dem Hinweis auf § 847 BGB. begründen, so wäre das nicht stichhaltig. Der Grundcharakter des Schmerzensgeldes, der der einer Entschädigung ist, muß auf jeden Fall gewahrt werden. Nur innerhalb dieses zu beachtenden Rahmens darf die „Billigkeit" eingreifen. Im übrigen wird das RG. sicherlich bei einer Sachbeschädigung, d. h. bei einem vermögensrechtlichen Schaden, die Ersatzsumme nicht höher berechnen, weil der Täter grobfahrlässig oder gar vorsätzlich gehandelt hat. Das Gesetz (§ 823 BGB.) hat Fahrlässigkeit und Vorsatz nebeneinander gestellt und in keiner Weise in den Rechtsfolgen einen Unterschied gemacht. Wenn das Strafgesetz die fahrlässige Körperverletzung nicht in dem Maße bestraft wie die vorsätzliche Körperverletzung, also einen Unterschied je nach dem Grad des Verschuldens macht, so kann das für das Zivilrecht nicht maßgebend sein. Es wäre mit dem Gedanken des Zivilrechts nicht vereinbar, wenn die Höhe des Schmerzensgeldes nach dem Grade des Verschuldens des Schädigers abzustufen wäre.

II. Hat nun das Verschulden des Geschädigten bei der Entscheidung über die Höhe des Schmerzensgeldes eine Bedeutung? Es kann sich hier m. E. nur um ein Mitverschulden handeln, denn ist der Geschädigte allein schuldig, so fehlt es an dem Grund des Anspruchs. Ein Mitverschulden des Geschädigten ist bei der Bemessung des Schmerzensgeldes gemäß § 254 BGB. beachtlich[24]). Diese Stellungnahme läßt sich mit dem Gedanken der Entschädigung durchaus vereinbaren; da § 254 BGB. auch sonst im Schadensrecht beachtet werden muß, besteht keine Veranlassung, hier eine Ausnahme zu machen. In der Anwendung des § 254 BGB. zeigt sich eine der praktischen Anwendungsmöglichkeiten des Begriffes der Billigkeit des § 847 BGB. Hier muß der Richter versuchen, einen gerechten Ausgleich zu finden, indem er auch in diesem Rahmen die allgemeinen Kausalitätsgesetze beachtet.

E.

Als Ergebnis der Untersuchung kann festgehalten werden, daß es mit dem Entschädigungscharakter des Schmerzens-

---

17) RG.: DAutoR. 1934, 152/53; RG.: RdK. 1935, 267; Warn. 35, 169/71.

18) RG.: JurRdschPrVers. 1932, 355; JW. 1933, 779; RG.: VR. 1935, 99. Meinen Ausführungen im DAutoR. a. a. O. zustimmend auch Walter in RdK.

19) Jeder Versuch, den Standpunkt des RG. zu rechtfertigen, ist m. E. vergeblich. Vergl. Verf. in DAutoR. 1936, 133 ff.

20) RG.: Recht 1915 Nr. 1546; RG.: JurRdschPrVers. 1932, 167; RG.: JW. 1933, 830; RG.: JW. 1906, 336; RG.: JW. 1925, 2599/600; in der letztgenannten Entscheidung hält das RG. mit dem RGRKomm. es für richtig, daß, wenn gefordert wird, die Vermögenslage des Ersatzberechtigten zu berücksichtigen, dies bedeutet, sie zu seinen Ungunsten heranzuziehen. (Hinweis auf PrALR. I 6 112—114.)

21) Vgl. RG.: BayRpflZ. 1910, 217/18; OLG. Karlsruhe: DJZ. 1916, 739; OLG. Frankfurt: Anwaltskammer 1930, 52/53.

22) RG.: VR. 1934, 45/46; RG.: JW. 1933, 830 ff.

23) RGZ. 136, 62 = JW. 1932, 2030 16.

24) Vgl. OLG. Kiel: RdK. 1932, 100/02; Staudinger § 847 BGB. Anm. 4 S. 856 (7./8. Aufl.).

geldes (immateriellen Schadens) nicht zu vereinbaren ist, wenn auf das Vermögen des Schädigers geachtet wird, um die Höhe des Schmerzensgeldes (des erlittenen immateriellen Schadens), d. i. die in § 847 BGB. genannte „billige" Entschädigung zu ermitteln. Die sogenannte billige Entschädigung ist eine angemessene Entschädigung, d. h. der Richter muß genau untersuchen, welcher Schaden im einzelnen Fall entstanden ist (Tatfrage!). Der Urteilsspruch, der in gründlicher Arbeit sich auf die persönlichen Verhältnisse des Geschädigten stützt, ein Mitverschulden beachtet, kurz auf all das Wert legt, was nicht dem Entschädigungscharakter zuwiderläuft[25]), um die Höhe des immateriellen Schadens zu ermitteln, kommt der Gerechtigkeit am nächsten.

[25]) Die interessanten Ausführungen von Walter: RdK. a. a. O. unter II sind m. E. zwar im Ergebnis durchaus zu billigen. Einer Kritik im Rahmen unseres Rechtssystems, das das Vermögen bei der Berechnung der Schadenshöhe völlig unbeachtet läßt, können sie jedoch insoweit kaum standhalten, als dort davon ausgegangen wird, daß die Vermögensverhältnisse die Höhe der „billigen Entschädigung" mitbestimmen.

Vereine ohne Mitglieder und Vermögen. Bereinigung des Vereinsregisters Zulässigkeit der Löschung von Amts wegen

Von Amtsgerichtsrat Friedrich Wegener, Hannover

Daß ein Verein — eingetragener wie nicht eingetragener, rechtsfähiger wie nicht rechtsfähiger — ohne Vorstand ist, kommt häufig vor. Dieser Zustand hat an sich nichts Problematisches. Hat der Verein noch Leben, so wird der Augenblick kommen, da satzungsmäßig ein neuer Vorstand bestellt oder bei rechtsfähigen Vereinen die gerichtliche Bestellung eines vorläufigen Vorstandes durch einen Beteiligten i. S. des § 29 BGB. veranlaßt wird. Wenn jedoch ein Verein jahrelang ohne Vorstand ist, so deutet das darauf hin, daß das Vereinsleben erloschen ist. Stellt der Registerrichter in Verfolg dieser auffälligen Tatsache bei eingetragenen Vereinen Ermittlungen an, so wird er häufig folgendes als typisch feststellen: der Verein hat keine Mitglieder mehr, diese haben sich verlaufen, Vermögen ist dann naturgemäß im Regelfall auch nicht mehr vorhanden. Der Verein ist tot, ohne daß eine förmliche Auflösung stattgefunden hat — ein Fall, der sich seit der politischen Umwälzung infolge der Neugestaltung des Gemeinschaftslebens besonders häufig zugetragen hat, aber auch sonst nicht selten ist. Das Vereinsregister ist mit solchen Vereinen, die seit Jahren weder Mitglieder noch Vermögen haben, geradezu überladen.

Vereine ohne Mitglieder haben als aufgelöst zu gelten. Dieser Auflösungsfall ist zwar im Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehen, seine Annahme wird jedoch dringend erfordert, wenn anders das Recht dem Leben zu folgen hat und nicht umgekehrt. Der Verein ist erloschen, da die Grundlage für Lebensäußerungen überhaupt fortgefallen ist. Das dürfte unbestritten sein (vgl. auch RGRKomm. § 74 BGB. Anm. 1). Wenn es sich um nicht eingetragene Vereine handelt, ist der Fall erledigt; anders jedoch bei eingetragenen Vereinen, soll das Vereinsregister seinen Sinn behalten und das Leben widerspiegeln. Es ist klar, daß Vereine ohne Mitglieder und Vermögen keinen Platz mehr im Vereinsregister verdienen, allein schon, um neuen Vereinen nicht die Möglichkeiten der Namenswahl zu beschränken.

Der gegebene Weg, das Vereinsregister mit der Wirklichkeit in Einklang zu bringen, ist die Löschung solcher Vereine von Amts wegen. Im Gesetz ist sie nicht vorgesehen, ebensowenig wie die Kenntlichmachung der Tatsache im Vereinsregister, daß die Liquidation eines Vereins beendet ist. Ob der Vorstand zu einer Anmeldung solchen Inhalts verpflichtet ist und dazu durch Ordnungsstrafen angehalten werden kann, könnte vielleicht zweifelhaft sein, da das Vereinsrecht keine den Vorschriften der §§ 157, 302 HGB., § 67 GmbHG., § 84 GenG. entsprechende Bestimmung enthält. Zulässig ist jedoch nach wohl überwiegender Gerichtspraxis eine Anmeldung und Eintragung des Inhalts, daß die Liquidation beendet ist, mit anschließender Löschung des Vereins. Das frühere PrGKG. behandelte denn auch im § 74 die Kosten der Löschung eines Vereins, ebenso wie jetzt § 75 RKostO. die Kosten der Löschung der Gesamteintragung eines Vereins (vgl. zu der Frage auch das Erläuterungsbuch zum Registerwesen von Pape S. 226). Ebenso wie man zu einer Gesamtlöschung schreiten kann, wenn die Liquidation eines Vereins beendet ist, so in unserem Falle zu einer Löschung von Amts wegen. In beiden Fällen ist die Sachlage die gleiche. Die Rechtspersönlichkeit des Vereins ist erloschen. Sie gilt gemäß § 49 Abs. 2 BGB. nur so lange und insoweit als fortbestehend, als das Vorhandensein zu liquidierenden Vermögens es erfordert. Es handelt sich, wie man sieht, eigentlich nur um einen besonderen Fall, der sich von dem allgemeinen Fall dadurch unterscheidet, das kein Vorstand vorhanden ist, der die Auflösung und das Erlöschen des Vereins anmelden könnte. Selbst wenn sich ein Beteiligter i. S. des § 29 BGB. fände, der die gerichtliche Bestellung eines Vorstandes zu dem Zwecke beantragte, die nötigen Anmeldungen vorzunehmen, wäre die einfachere Löschung von Amts wegen vorzuziehen.

Man denkt an die Löschung vermögensloser Kapitalgesellschaften von Amts wegen, wie sie durch die Entscheidung des KG. v. 28. März 1927: KGJ. 4, 178, für zulässig erklärt ist und in dem Gesetz über die Auflösung und Löschung von Gesellschaften und Genossenschaften v. 9. Okt. 1934 (RGBl. I, 914) ihren Niederschlag gefunden hat. Der formale Vorgang ist der gleiche; materiell besteht jedoch ein nicht unwesentlicher Unterschied. Entsprechend dem Wesen der Kapitalgesellschaft hat die Vermögenslosigkeit deren Auflösung zur Folge, nach der Rechtsprechung des KG. vor der gesetzlichen Regelung unmittelbar, nach der gesetzlichen Regelung mittelbar, indem auf Grund des Gesetzes eine wegen Vermögenslosigkeit gelöschte Gesellschaft als aufgelöst gilt. Entsprechend dem Wesen des Vereins hat nicht die Vermögenslosigkeit die Auflösung zur Folge, sondern das Fehlen aller Mitglieder. Voraussetzung für die Löschung ist allerdings auch hier Vermögenslosigkeit. Ist kein Vermögen vorhanden, so kann hier wie dort unbedenklich Löschung erfolgen. § 47 BGB., wonach bei Vereinen, die aufgelöst sind oder denen die Rechtsfähigkeit entzogen ist, eine Liquidation stattzufinden hat, steht nicht entgegen. Denn Wesensvoraussetzung für eine Liquidation ist das Vorhandensein von Vermögen, sonst ist sie gegenstandslos. Hat das KG. in der erwähnten Entscheidung zur formalen Begründung den § 141 FGG. herangezogen, der die von Amts wegen zu erfolgende Löschung von Firmen betrifft, so kann dies in analoger Weise auch bei Vereinen geschehen. Zur allgemeinen Begründung des Löschungsverfahrens kann man auch das erwähnte Gesetz analog heranziehen.

Damit eine Löschung von Amts wegen stattfinden kann, müssen also zwei Voraussetzungen erfüllt sein: der Verein darf keine Mitglieder haben, er darf kein Vermögen haben. Der Registerrichter hat die Voraussetzungen genau, wenn auch nicht mit übertriebener Sorgfalt zu prüfen, wie es das KG. in der erwähnten Entscheidung mit Bezug auf die Vermögenslosigkeit von Kapitalgesellschaften ausspricht. Es wird in den meisten Fällen genügen, wenn die Nachfrage bei dem früheren Vorstand oder früheren Vereinsmitgliedern in glaubhafter Weise ergibt, daß Mitglieder und Vermögen nicht mehr vorhanden sind. Je länger die letzten feststellbaren Lebensäußerungen des Vereins zurückliegen, desto glaubhafter ist es von vornherein, daß der Verein tot ist. Man hat sich ja

die Auflösung des Vereins nicht so vorzustellen, daß auch die letzten Mitglieder nach den Vorschriften der Satzung ausgeschieden sind, sondern mit schwindendem Vereinszusammenhang schwindet auch das Bewußtsein der Mitglieder, dem Verein noch anzugehören, bis zur Überzeugung, daß der Verein nicht mehr besteht. Er hat damit tatsächlich aufgehört zu existieren. Geringwertige Vermögensstücke wie gewisse Vereinsutensilien usw. können außer Betracht gelassen werden, wenn die Verkehrsauffassung sie selbst außer acht läßt.

Wenn sich im Einzelfall nach erfolgter Löschung trotz gewissenhafter Prüfung der Voraussetzungen herausstellen sollte, daß noch Mitglieder oder Vermögen oder beides vorhanden sind, so läßt sich die Löschung wieder rückgängig machen. §§ 142, 159 FGG. bieten dazu die Handhabe. Es ist zu beachten, daß die Löschung keine konstitutive, sondern nur deklarative Wirkung hat. Hat der Verein noch Mitglieder, so besteht er noch, für die Löschung fehlte eine wesentliche Voraussetzung. Wenn sich gleichzeitig heraussstellt, daß auch noch Vermögen vorhanden ist, so findet nicht etwa eine Liquidation statt. Es ist nicht so wie bei zu Unrecht wegen Vermögenslosigkeit gelöschten Kapitalgesellschaften, bei denen gemäß § 2 Abs. 3 des genannten Gesetzes nachträglich eine Liquidation stattzufinden hat, weil gemäß § 2 Abs. 1 der Löschung ausdrücklich die Wirkung der Auflösung beigelegt ist. Diese Bestimmung kann nicht analog angewendet werden. Registereintragungen haben konstitutive Wirkung nur in den ausdrücklich bestimmten Fällen. Stellt sich nachträglich heraus, daß nur noch Vermögen vorhanden ist, so muß freilich eine Liquidation stattfinden; denn der Verein ist wegen Fehlens aller Mitglieder ja aufgelöst.

Das AG. Hannover hat das geschilderte Löschungsverfahren seit einigen Jahren in zahlreichen Fällen angewendet und damit gute Erfahrungen gemacht. Das Verfahren ist denkbar einfach. Eine Benachrichtigung der Beteiligten von der beabsichtigten Löschung i. S. des § 141 FGG. kommt nicht in Frage, da solche nicht vorhanden sind. Eine Veröffentlichung der erfolgten Löschung ist nicht notwendig, da im Gesetz nicht vorgesehen und völlig zwecklos. Daß eine Löschung rückgängig gemacht werden mußte, ist bisher nicht vorgekommen. Man sieht also, daß es möglich ist, die notwendige Bereinigung des Vereinsregisters vorzunehmen, ohne daß es einer gesetzlichen Regelung bedürfte.

Der offene Kopplungskauf

Das „Zu" und die „Gabe" im Zugabebegriff!

Von Rechtsanwalt Dr. jur. Hans Culemann, Düsseldorf

Aus Satz 3 Abs. 1 § 1 ZugabeVO. ist die Lehre vom Kopplungskauf entwickelt worden. Die Vorschrift des Abs. 3 sieht es als verbotene Zugabe an, wenn „zur Verschleierung der Zugabe eine Ware oder Leistung mit einer anderen Ware oder Leistung zu einem Gesamtpreis angeboten, angekündigt oder gewährt wird". Die Reichswirtschaftskammer hat in ihrem dem Reichswirtschaftsministerium erstatteten Gutachten v. 14. Nov. 1935 festgestellt: „Keine nach dem Zugabeverbot unzulässige Verkopplung ist es, wenn für die gekoppelten Waren Einzelpreise ausgeworfen werden und dabei ausdrücklich angeboten wird, daß die Waren zu diesen Einzelpreisen auch allein abgegeben werden." Damit ist folgendes Angebot gemeint: „5 Pfund Guatemala-Kaffee nebst einer neusilbernen Kaffedose kosten zusammen 23 *RM*, und zwar der Kaffee 20 *RM*, die Dose 3 *RM*. Der Kaffee und die Dose werden auch getrennt abgegeben zu den für sie ausgeworfenen Einzelpreisen." Gottschick nennt ein solches Angebot eine „neue Form der Zugabe in der Form des offenen Kopplungsangebots". Er greift im MinBl. für Wirtsch. 1936, 66 die Reichswirtschaftskammer, die in dem Angebot eine Zugabe nicht erblickt, an, und hält es zwar für zweifelhaft, ob das RG. einmal „zu unmittelbarer Anwendung des Zugabeverbots" auf den offenen Kopplungskauf kommen werde, rechnet aber damit, „daß auch zur Unterdrückung dieser Vertriebsart, die den Absichten des Gesetzgebers so durchaus zuwiderläuft, einmal der § 1 UnlWG. herangezogen werden wird". Gottschick hat recht, wenn er an der Anwendbarkeit der ZugabeVO. auf den offenen Kopplungskauf zweifelt. Denn § 1 Abs. 1 Satz 3 VO. greift nicht etwa stets ein, wenn eine Ware mit einer anderen Ware zu einem Gesamtpreis angeboten wird, sondern nur dann, wenn dieses „zur Verschleierung der Zugabe" geschieht. Zweierlei ist also notwendig, um den Kopplungskauf mit Hilfe des Satzes 3 erfassen zu können. 1. Es muß eine Zugabe vorliegen, und 2. das Anbieten zu einem Gesamtpreise muß zum Zwecke der Verschleierung dieser Zugabe geschehen. Auch hier ist es also zunächst wiederum notwendig, sich über den Begriff der Zugabe klar zu werden.

Zugabe, dieses Wort setzt sich aus zwei Bestandteilen zusammen, dem „Zu" und der „Gabe". Das „Zu" bedeutet, daß, nachdem ein Geschäft seinen wirtschaftlichen Sinn bereits erfüllt hat, noch etwas geleistet wird, das wirtschaftlich für das betreffende Geschäft überflüssig ist. Die „Gabe" aber ist nicht gleich mit „geben", leisten oder gewähren. Gabe ist das unentgeltliche Geben, zum mindesten das im Gewande der Unentgeltlichkeit auftretende Geben. Die Gabe erweckt den Eindruck der völligen oder der teilweisen Unentgeltlichkeit, eben jenen Eindruck, den zu verstärken § 1 Abs. 3 Satz 1 VO. verbietet.

Das Wesen des „Zu" wird besonders deutlich am Beispiel des Luftballon. Der wirtschaftliche Sinn der Hausfrau ist darauf gerichtet, einen Blusenstoff zu erwerben. Das gedachte Geschäft hat seinen wirtschaftlichen Sinn voll erfüllt, wenn der Blusenstoff geleistet wird. Wird auf dieses Geschäft vom Verkäufer ein Luftballon draufgegeben, dann liegt das „Zu" vor, das überflüssige Moment, die fremde Leistung, die willkürliche Leistungsverbindung. Das „zu" setzt nicht voraus, daß die zweite Leistung unerwartet gegeben wird. Die unerwartete Zugabe ist vielmehr der Ausnahmefall; die versprochene Zugabe stellt durchaus die Regel dar. Die Willkürlichkeit des „Zu", die wir beim Luftballon beobachten, finden wir ebenfalls vor bei der Verbindung Kaffee und Tasse. Der wirtschaftliche Sinn des Geschäfts ist eine Befriedigung des Bedürfnisses nach Kaffee. Dieses Bedürfnis hat den Kauf herbeigeführt. Es war der wirtschaftliche Veranlasser des Geschäfts. Echtes Bedürfnis ist also die Quelle des Kaufgeschäfts, auf das die Hausfrau zunächst allein ihren Sinn richtet. Jetzt aber gesellt sich, veranlaßt durch das Angebot des Kaufmanns, daß er beim Kaffeekauf eine Tasse zugeben werde, dem aus echtem Bedürfnis allein hervorgegangenen Sinn nach Tätigung eines Kaffeekaufs der Sinn auf Ausnutzung einer Möglichkeit bei, nämlich der Möglichkeit, den Kaffeekaufakt zum Tassenerwerb auszunutzen. Nicht also Bedürfnis ist die Quelle dieses zweiten Geschäfts, sondern das absolute Streben nach der Ausnutzung einer Chance oder, kraß gesagt, abstrakte Spekulation.

Der wirtschaftliche Charakter der beiden Erwerbungen zeigt sich hier in seiner Verschiedenheit deutlich genug. Der Anlaß zu dem Entschluß, Kaffee zu erwerben, ist ein zutage getretener Bedarf nach Kaffee. Der Anlaß zum Entschluß, die Tasse zu erwerben, ist der Trieb, eine Gelegenheit nicht unbenutzt vorübergehen zu lassen, eine Gelegenheit, die noch dazu meist im Gewande der völligen oder teilweisen Unentgeltlichkeit auftritt. Notwendig ist dieses Gewand jedoch nicht. Das „Zu" liegt auch vor, wenn der Unentgeltlichkeitseindruck fehlt. Die Chance, die auszunutzen der Mensch sich getrieben fühlt, kann in der Gelegenheit, bequem zu erwerben, bestehen, sei es, daß die Bequemlichkeit wiederum in dem mit dem Gutscheinsystem verbundenen Zwangssparen liegt, sei es, daß sie in der Möglichkeit gefunden wird, in einem Gang, bei einem Verkäu-

fer das zu kaufen, was sonst in mehreren Gängen, bei mehreren Händlern erworben werden muß. Daß im Haushalt für Tassen grundsätzlich auch ein Bedürfnis besteht, beeinträchtigt die Richtigkeit der gewonnenen Erkenntnis nicht. Zwar nutzen Menschen manchmal eine Chance so sehr um ihrer selbst willen aus, daß sie völlig überflüssige Gegenstände erwerben. In der Regel aber erweist sich die Vernunft als stärker und baut der Wahrnehmung der Chance da Schranken, wo für den Gegenstand in absehbarer Zeit kein erkennbares Bedürfnis vorliegt. Entscheidend ist, was Anlaß gibt, den akuten Kaffeebedarf und den akuten oder nicht akuten Tassenbedarf in einem Kaufakt bei diesem einen Verkäufer zu decken, anstatt nur den Kaffeebedarf jetzt bei diesem Verkäufer zu decken, den Tassenbedarf aber erst zu befriedigen, wenn er auftaucht, und ihn dann, oder falls er jetzt schon vorhanden sein sollte, heute in einem selbständigen Kaufakt an geeignetester Stelle, also beim Porzellanhändler, zu decken.

Wenn die Gelegenheit, die Chance Anlaß gibt, Bedarf vorwegzunehmen, ihn also zu einer unüblichen Zeit zu befriedigen, oder den bestgeeigneten Weg zur Bedarfsdeckung zu verlassen, ihn also an unüblicher Stelle zu befriedigen, dann haben wir das „Zu“ aus dem Zugabebegriff der ZugabeVO., die sinnwidrige Verbindung zweier Geschäfte, die im Gegensatz steht zu der sinnvollen, natürlichen Kopplung zweier Geschäfte. Um auch hier ein Beispiel zu geben: Es entsteht das Bedürfnis nach einer Brille. Zur gleichen Zeit taucht, verursacht durch das erste Bedürfnis, noch ein zweites auf, gerichtet auf ein Stahlfutteral, das die Benutzung der Brille sichert. Brille und Futteral haben jedes ihren eigenen Preis und werden getrennt abgegeben, aber auch zu einem Gesamtpreis veräußert. Anlaß zur gleichzeitigen Tätigung beider Geschäfte in einem Akt ist das gleichzeitige Auftauchen des Bedürfnisses nach beiden Gegenständen. Die beiden Bedürfnisse werden an geeigneter Stelle zu geeigneter Zeit befriedigt. Für das „Zu“ ist also kein Raum.

Gehen wir mit diesen Maßstäben an unser erstes Beispiel, der Kopplung von 5 Pfund Kaffee und der Aufbewahrungsdose heran, so können wir nunmehr zu zuverlässigen Ergebnissen gelangen, indem wir fragen, ob eine bloße Gelegenheit den Anlaß zur Verbindung gegeben hat, oder das gleichzeitige Auftauchen von zwei echten Bedürfnissen, die zur gleichen Zeit und an der gleichen Stelle zu befriedigen subjektiv für den Käufer die beste Lösung darstellt. Nun ist in dem Beispiel von einer neusilbernen Dose die Rede. Das erschwert die Beantwortung unserer Frage. Handelte es sich um eine einfache Blechdose, so wäre anzuerkennen, daß bei einer solchen Menge Kaffee, wie 5 Pfund sie darstellen, dann, wenn der betreffende Haushalt ein geeignetes Aufbewahrungsgefäß nicht aufweist, das Bedürfnis, ein solches alsbald zur Hand zu haben, auftaucht und durch eine Blechdose im Rahmen der Zweckmäßigkeit befriedigt wird. Ist die Blechdose bei dem Kaffeehändler nicht schlechter und nicht teurer als anderswo, so ist es aus Gründen der Zeitersparnis zweckmäßig, sie dort mit dem Kaffee zusammen zu kaufen. Bietet aber der Kaffeehändler eine neusilberne Dose an, dann überschreitet das Material den echten Bedarf. Die Hausfrau kauft jetzt nicht durch den Bedarf an einem Aufbewahrungsgefäß veranlaßt, sondern verleitet durch die Gelegenheit, einen Schmuckgegenstand in einem Akt mit dem Kaffee zu erwerben. Es ist diesmal die Gelegenheit, die die Verbindung der beiden Kaufgeschäfte zustande bringt, und damit ein, etwas kraß ausgedrückt, wirtschaftswidriges Moment.

Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß im Falle der neusilbernen Dose das „Zu“ gegeben ist. Dagegen ist nicht gegeben die „Gabe“, wenn dem Dosenkauf das Gewand der auch nur teilweisen Unentgeltlichkeit fehlt. Die Reichswirtschaftskammer begnügt sich damit, daß für den „Zu“-Artikel ein Einzelpreis ausgeworfen und daß angeboten wird, zu diesem Einzelpreis den „Zu“-Artikel auch allein abzugeben. Dies Angebot schließt für die Reichswirtschaftskammer den Unentgeltlichkeitseindruck und damit die in ihm liegende Verlockung aus. Das LG. Frankfurt a. M. stellt indessen in der Entscheidung 3/1 Q 16/35 vom 22. Aug. 1935 schärfere Forderungen auf: Der Preis des „Zu“-Artikels muß die Gestehungskosten decken und darüber hinaus dem Verkäufer einen Gewinn in üblicher Höhe bringen. Die Abgabe des Zuartikels wäre „dann unzulässig, wenn sie unentgeltlich oder nur gegen ein geringfügiges, offenbar bloß zum Schein verlangtes Entgelt gewährt wurde“. Des weiteren „muß aber vom Verkäufer — um den Anschein unlauterer Geschäftsgebarung zu vermeiden — gefordert werden, daß er alles unterläßt, was geeignet wäre, die Vorstellung der Verknüpfung besonderer Vorteile für die Kundschaft beim Kombinationsgeschäft zu erwecken, insbes. den Anschein, als ob hier eine Art Treuprämie gewährt werde. Es muß verlangt werden, daß durch deutlich lesbaren Aufdruck der Preise für Haupt- und Nebenware oder in sonst geeigneter Weise die Käufer darüber aufgeklärt werden, daß die Kopplung keine besonderen Vorteile für sie bietet. Aus dieser getrennten Preisangabe kann der Käufer errechnen, was er für jede Ware zahlt, und sich selbst ein Urteil darüber bilden, was er insbes. für die vermeintliche Zugabe zu zahlen hat, und ob der Preis für beide Waren angemessen ist“. Ist objektiv das Erfordernis der preislichen Angemessenheit erfüllt und subjektiv vorgesorgt, daß nach menschlichem Ermessen der Eindruck der auch nur teilweisen Unentgeltlichkeit nicht entstehen kann, dann fehlt es — darin ist dem LG. Frankfurt und der zu dem gleichen Ergebnis gelangenden Entscheidung der kleinen StrK. Bielefeld (8 Ns 3/36) v. 5. März 1936 zu folgen — an der „Gabe“ und damit an dem Begriff der Zugabe. Die Kopplung kann dann also auch nicht der Verschleierung einer Zugabe dienen; Abs. 1 Satz 3 ZugabeVO. ist nicht anwendbar. Das Einigungsamt Frankfurt a. M. bejaht in seinem gutachtlichen Spruch v. 24. Jan 1936 gleichwohl die Anwendbarkeit der ZugabeVO. aus mehreren Gründen. „Es genügt nicht, daß rechtlich die Möglichkeit besteht, die Porzellantasse auch zu dem ausgewiesenen Preis zu erwerben, wenn tatsächlich im Geschäftsverkehr von dieser Möglichkeit kein Gebrauch gemacht wird“, sagt der Spruch und stellt fest, daß praktisch nur selten der „Zu“-Artikel gesondert gekauft wird. Das ist ihm „aber der Beweis dafür, daß der Käufer von der Anschauung ausgeht, daß der nebenher erfolgende Erwerb der Tassen für ihn mit Vorteilen verknüpft ist“. Würde wirklich die Käuferschaft den Eindruck haben, daß der „Zu“-Artikel besonders billig ist, so würde sie ihn gerade mit Vorliebe allein erwerben. Höchstens kann also die Vorstellung obwalten, daß das gleichzeitige Erwerben von Zuartikel und Hauptartikel einen Vorteil in sich schließe. Was aber soll an der Gleichzeitigkeit des Einkaufs, an der Ausnutzung gerade des gesamten Angebotes dem Käufer vorteilhaft erscheinen? Bei dem Angebot, die Tasse in Raten zu bezahlen, indem mit jedem Viertelpfund Kaffee ein Gutschein auf ein Sechstel des Tassenpreises mitbezahlt wird, könnte der Vorteil in der Ersparnis von Kreditaufschlägen bestehen, bei dem Angebot des ratenlosen Erwerbs der Dose fällt auch dieser Vorteilseindruck fort. Wenn wirklich ein Käufer trotz der durch Preistrennung und Sonderanbietung gewährleisteten Klarheit und Nachprüfbarkeit sich falschen Vorstellungen hingibt, so kann das dem Verkäufer in keiner Weise entgegengehalten werden. Ein absolut sicheres Rezept zur Aufklärung auch des Allerletzten unter den Käufern gibt es nicht. Der Grund, warum zumeist beide Artikel und selten die Zuartikel allein gekauft werden, liegt darin, daß die Kopplungsangebote an Kreise ergehen, die für die Hauptware echten, akuten Bedarf haben, und daran, daß jedes Angebot den Besitztrieb des Menschen anregt. Auch teure Angebote erwecken den Wunsch, das Angebotene zu besitzen, von der Erwerbsmöglichkeit Gebrauch zu machen. Den Besitztrieb anzuregen aber, das ist weder verboten noch unmoralisch. Und ebensowenig ist es dem Kaufmann verwehrt, Gelegenheiten zu schaffen zur Deckung eines akuten und zur gleichzeitigen Dekkung eines noch nicht akuten Bedarfs. Die Frage, ob er dabei die Umsatzinteressen anderer Kaufleute respektieren muß, soll gleich noch erörtert werden. Zunächst ist dem Ratenangebot noch eine Betrachtung zu widmen, weil das Einigungsamt Frankfurt hier den Unentgeltlichkeitseindruck unterstellt. „Der Käufer rechnet nicht damit, daß er bei dem Kauf eines Viertelpfundes Kaffee zu dem Gesamtpreis von 0,65 RM gleichzeitig eine Anzahlung auf eine Porzellantasse in Höhe von 0,06 RM macht. Für ihn ist nur der Preis von 0,65 RM maßgebend, und er wendet diesen Betrag auf, weil er nach Bezug von sechs Vier-

telpfundpackungen ohne weiteres Entgelt die Porzellantasse erhält." Da unterschätzt allerdings das Einigungsamt die Hausfrauen. Sie rechnen durchaus mit dem Pfennig und behalten es sehr wohl, daß sie sechsmal den Kaffee um 0,06 *RM* teurer bezahlt haben. Sie wissen durchaus, daß sie bei dem einzelnen Viertelpfund 0,06 *RM* zulegen für die Tasse, und lassen sich diese Vorstellung auch nicht trüben. Ein Unentgeltlichkeitseindruck entsteht nicht. Das Einigungsamt ist sich auch wohl selbst darüber klar, daß seine Überlegung abwegig ist. Deshalb fährt es fort: „Berücksichtigt man diese psychologische Einstellung des Publikums, so erscheint es begreiflich, daß mit dieser Art des Vertriebs derselbe Erfolg erreicht werden kann, wie mit einer verbotenen Zugabe." Nein, eben nicht! Mit der verbotenen Zugabe wird der Unentgeltlichkeitseindruck erweckt, mit dem offenen Kopplungsangebot zum angemessenen Preise wird der entgegengesetzte Eindruck der Entgeltlichkeit erweckt. Daß ein ehrliches Angebot Kauflust erweckt, berechtigt noch niemand, es einer verbotenen Zugabe gleichzusetzen. Und damit, daß zulässige und unzulässige Angebote Kauflust anregen und zu Geschäften führen, muß man sich abfinden. Weil ein anständiges Angebot wirkt, ist es noch nicht eine Zugabe und noch nicht zu verurteilen.

Die Ratenangebote könnten vielleicht den Unentgeltlichkeitseindruck erwecken, wenn nämlich der Käufer glaubt, anderswo einen Aufschlag für den gleichen Ratenkauf zahlen zu müssen. Aber hier wird ja im voraus gezahlt, für einen Aufschlag ist kein Raum. Es wird sich auch kein Käufer einbilden, bei den Kopplungsraten günstiger zu fahren als beim Kreditkauf im Abzahlungsgeschäft. Was den Käufer anreizt, das ist die Zwangssparidee, die Möglichkeit, den kleinen Berg der Geldbeschaffung vor sich selber bequem zu überwinden. Diese Möglichkeit hat nichts mit Unentgeltlichkeit zu tun. Wer sie schafft, gibt keine „Gabe". Das „Zu" mag erfüllt sein, wenn die Gelegenheit hier den Käufer reizt, zu ungeeigneter Zeit oder an ungeeigneter Stelle den zweiten Artikel zu kaufen. Aber der Zugabebegriff ist damit nicht erfüllt, weil „Zu" und „Gabe" zusammen erst diesen Begriff ausmachen. Man lasse sich nicht „ver"leiten, das Schaffen der Gelegenheit als „Ver"leitung anzusehen oder als „Ver"lockung. Leiten und Locken darf und soll der Kaufmann den Kunden. Wie das Führen erst, wenn es zum Verführen, zu einem Führen zum Unheil des Geführten wird, zu verurteilen ist, so ist das Locken des Kunden zum Kauf erst dann zu verurteilen, wenn es zum Unheil des Kunden geschieht. Dann erst darf man von dem „Verlocken" sprechen, das heute wie das Wort „unlauter" so oft herhalten muß, um den erfolgreichen Mitbewerber zu verunglimpfen. Locken und reizen und leiten, den Bedarf wecken, den Weg zur Bedarfsdeckung dem Kunden bequem und angenehm gestalten, das ist Aufgabe des Kaufmanns.

Gottschick nimmt den Spruch des Einigungsamtes und seine Begründung beifällig auf, erkennt aber an, daß der Zuartikel „die zum Mitgeh-Artikel gewordene Zugabe" allerdings „auf den Werbegedanken des Geschenks verzichtet". Ihn stört entscheidend, „daß der Vertrieb mit Hilfe rein willkürlicher Warenverkopplungen, auf lange Sicht gesehen, auch aus allgemein wirtschaftlichen Gründen nicht tragbar ist. Denn es müßte unseren Warenverteilungsapparat heillos durcheinanderbringen, wenn das Verfahren Schule machte, wenn einmal jeder Gewerbetreibende dazu übergehen wollte, willkürlich aus dem Warengebiete eines anderen Kaufmanns herausgerissene Artikel der eigenen Ware als Vorspann mitzugeben". Deshalb rechnet Gottschick damit, „daß auch zur Unterdrückung dieser Betriebsart, die den Absichten des Gesetzgebers so sehr zuwiderläuft, einmal §1 UnlWG. herangezogen werden wird". Das ist praktisch in der Tat nicht ausgeschlossen, wenn man erwägt, wie weit gegenwärtig das RG. mit der Anwendung der Generalklausel ausgreift. Das RG. müßte freilich die Generalklausel wirtschaftspolitischen Ordnungszwecken dienstbar machen, um zu dem von Gottschick gewünschten Ergebnis zu gelangen. Denn allein um Fragen zweckmäßiger Ordnung geht es, wenn der legitime Handel vor Eingriffen branchefremder Händler geschützt werden soll. Gottschick begeht nicht den Fehler des Einigungsamtes, das die Anwendbarkeit der ZugabeVO. bejaht, weil andernfalls „der Zweck des ZugabeG. zu einem großen Teil vereitelt wäre". Er ist sich offenbar darüber klar, daß der Schutz des legitimen Handels, dieses eine unter den mehreren Motiven der Zugabegesetzgebung nur dort durch Anwendung des Zugaberechts verwirklicht werden kann, wo zuvor der Begriff der Zugabe erfüllt ist, wo also das „Zu" und die „Gabe" vorliegen. Aber außerhalb des Zugabenbereichs den Schutz der Branche statuieren, das heißt doch einen außerordentlich ernsten Schritt in Richtung auf die Erstarrung, auf die Privilegierung und Verzunftung des Handels tun. Auch wenn man bei der zweckmäßigen Warenverkoppelung haltmacht, also nur eine solche Kombination unterbindet, die den Begriff des „Zu" erfüllt, verschärft man um ein Vielfaches den Eingriff der Einzelhandelsschutzgesetzgebung. Wie soll der „betriebsfremde Artikel" definiert werden, von dem Gottschick spricht?! Was ist beispielsweise im Landkaufhaus betriebsfremd, im Versandgeschäft, im Warenhaus? Muß man sich nicht davor hüten, bis auf den einzelnen Artikel ausgedehnte Besitzstände für den Handel zu schaffen? Dem Verbraucher ist die Konkurrenz der Händler bitter notwendig; nur oft genug dankt er Verbilligung und Verbesserung der Bedarfsdeckung dem frischen Zug, den ein Außenseiter in eine Branche hineinbringt. Dies alles zum mindesten ist zu erwägen, wenn man die Prophezeiung, daß §1 UnlWG. eingesetzt werde, zum Wunsch erhebt.

Festzuhalten ist an der Erkenntnis, daß die ZugabeVO. nicht zum Zuge kommt, daß der offene Kopplungsverkauf zu angemessenem Preise also ebensowenig zu einer Bestrafung führen kann, wie die Ankündigung der Kundenbelohnung (JW. 1936, 2026 ff. und 2657) und die in JW. 1936, 2369 ff. behandelte vertragsmäßige Ersatzleistung, die das KG. in der Entscheidung 31 U 4666/36 v. 1. Okt. 1936 als nicht unter die ZugabeVO. fallend beurteilt hat.

Noch ein letzter Grund ist zu prüfen, der dem Einigungsamt Frankfurt zur Anwendung des §1 ZugabeVO. gedient hat. „Durch den Erwerb eines Sammelscheins wird der Käufer ohne seinen Willen in ein Abzahlungsgeschäft hineingezogen. Er muß so lange weiterkaufen, bis er die erforderliche Anzahl Sammelscheine besitzt, andernfalls verliert er die bisher geleisteten Anzahlungen." Nun, wider seinen Willen wird der Käufer nicht in ein Abzahlungsgeschäft hineingezogen: den Kaffee kann er erwerben, auch ohne daß er die Tassen-Gutscheine kauft; und daß er weiterkaufen muß, bis er die erforderliche Mindestzahl von Scheinen beisammen hat, das ist deshalb gerade recht tragbar, weil er nach Belieben den Kaffeehändler wechseln, die restlichen Scheine aber trotzdem noch beim alten Händler erwerben kann. Und kann er das aus Geldmangel nicht, nimmt kein Freund oder Fremder ihm die Scheine ab, nimmt der Händler sie nicht zurück, so muß er sich eben auf den Gegenstand beschränken, den er schon für zwei oder sechs Scheine bekommt. Schlimmstenfalls aber trifft ihn ein Verlust von wenigen Groschen; er teilt dann das Schicksal derer, denen ein Ansparplan scheitert.

Erst die genaue Bestimmung des Zugabebegriffs kann vor einem Verkennen der Rechtsnatur des Kopplungsgeschäftes schützen. Die offene Kopplung bei angemessenem Preise ist keine Umgehung des Zugabeverbots; ob das RG. sie als Verstoß gegen §1 UnlWG. bewertet, muß abgewartet werden. Die nicht willkürliche Verbindung kann keinesfalls für sittenwidrig erachtet werden. Die rein willkürliche Kombination aber möge, insoweit kann man Gottschick zustimmen, keine Ausbreitung finden. Und wäre es auch nur, weil der unorganische Ausbau eines Warenprogramms das Vertrauen der Kundschaft zu ihrem Händler nicht stärkt, sondern auf der Dauer schmälert. Das Wort „Schuster bleib bei deinen Leisten" ist nicht umsonst ein Volkssprichwort. Und wem auch dieses Wort nichts sagt, der möge daran denken, daß Rücksichtnahme auf den anderen immer erst dann adelt, wenn sie freiwillig geschieht.

Aus der Deutschen Rechtsfront

Gau Ausland

Es ist wiederholt festgestellt worden, daß von deutscher Seite Rechtsangelegenheiten an jüdische Anwälte des Auslands vergeben werden. Daher wird nochmals darauf hingewiesen, daß der Gau Ausland des NSRB. eine Weltkartei jener Anwälte führt, die auf Grund ihrer Abstammung, ihrer politischen Zuverlässigkeit und ihrer fachlich-sprachlichen Eignung allein dazu berufen sind, deutsche Interessen im Auslande zweckentsprechend zu vertreten. Besonderes Augenmerk ist darauf zu richten, daß nicht mehr wie bisher fast ausschließlich die Anwälte der Haupt- und Großstädte bevorzugt werden, selbst dann, wenn es um Rechts- und Patentstreitigkeiten in der Provinz geht, deren Erledigung in den meisten Fällen auch geeigneten ortsansässigen Berufsgenossen übertragen werden kann. Gerade gegenüber unseren deutschstämmigen Anwälten in den Oststaaten — insbes. der Tschechoslowakei — bedeutet es eine unverantwortliche Härte, wollte man aus Kurzsichtigkeit oder Scheu vor einer Anfrage bei der Geschäftsstelle des Gaues Ausland des NSRB. einen deutschfeindlichen, zum mindesten aber an der Erhaltung unseres Volkstums desinteressierten Anwalt mit der Wahrnehmung deutscher Angelegenheiten beauftragen. Der Kampf um die Erhaltung unseres Volkstums in der Welt gehört zu unseren vornehmsten Aufgaben; und wenn in einem Staat, etwa der Tschechoslowakei, die Anwaltschaft im Gegensatz zu Deutschland nicht lokalisiert ist, jeder Anwalt also an alle Gerichte und Behörden seine Eingaben machen und vor den Instanzen des ganzen Staatsgebietes auftreten kann, so ergibt sich hier die Möglichkeit, sudetendeutsche Provinzanwälte in erster Linie zu berücksichtigen.

Es ist selbstverständlich, daß der Gau Ausland des NSRB. heute noch nicht in der Lage ist, in jedem Falle einen geeigneten Anwalt in der Welt zu benennen. Jedoch, die steten und systematischen Erhebungen vervollständigen einmal die seit langem vorhandene Weltkartei arischer Anwälte, andererseits aber geht — wenn Vorschriften und Umstände dies ermöglichen — das Bestreben dahin, fremdländische Anwälte durch deutschstämmige zu ersetzen.

Die Auslandspresse zu den Reden des Reichsleiters Dr. Hans Frank auf dem Reichsparteitag der Ehre

Infolge der grundlegenden Bedeutung der Führerreden auf dem Reichsparteitag der Ehre sind im allgemeinen diesmal die Ausführungen der anderen Redner in der Auslandspresse kürzer gewürdigt worden. Jedoch kann man immerhin einen starken Widerhall der Gedankengänge des Reichsleiters Dr. Frank in einer ganzen Reihe ausländischer Organe feststellen, aus denen nachstehend eine Auslese gebracht wird. Wegen der Schwierigkeit der Erfassung der Auslandspresse sind diese Stimmen natürlich keineswegs als vollständig, sondern eben nur als Streiflichter zu werten.

„London Times" (17. Sept. 1936) bringt eine Zusammenfassung der Frankschen Rede und betont hierbei die Tatsache, daß sie einen starken Angriff auf das Rechts- und Sozialsystem der Sowjets darstellt.

Die führende rumänische Zeitung „Universul" (Bukarest, 14. Sept. 1936) beschäftigt sich besonders mit den Äußerungen über die Zurückdämmung des Berufsverbrechertums und begrüßt diese Seite der deutschen Justizpolitik auch vom Standpunkt Rumäniens aus.

Der „Temps" (Paris, 14. Sept. 1936) hebt einmal stark heraus, daß die Kriminalität Sowjetrußlands erfolgreich von Dr. Frank angegriffen wurde, ferner die Tatsache der zahlreichen Zitate aus russischen offiziellen Quellen, besonders auch der „Iswestja", was auf eine gute Kenntnis der russischen Verhältnisse schließen lasse. Es wird noch besonders betont, daß sich hiernach die Zahl der wegen Diebstahls in Rußland Verurteilten verdoppelt habe und diejenige der in ein Gerichtsverfahren verwickelten Jugendlichen ebenfalls überaus hoch sei. Die vom Reichsleiter Dr. Frank gebrachten Zahlen über zu Zwangsarbeit Verurteilte und mit oder ohne Verfahren Hingerichtete werden als für die Rechtsverhältnisse Rußlands kennzeichnend hingestellt.

„Hufvudstadsbladet" (13. Sept. 1936), eine große schwedische Zeitung, sagt, daß unter den übrigen Sprechern Dr. Franks Rede besonders beachtet wurde, vor allem seine Äußerungen über Deutschland und die Sowjetunion.

Die bedeutende ukrainische Tageszeitung „Tschas", welche in Czernowitz erscheint, urteilt folgendermaßen: „Reichsminister Dr. Frank, Führer der ‚Deutschen Rechtsfront', fand mit seinen überzeugenden Ausführungen über die Besserung der Kriminalität in Deutschland und die überaus starken Kontraste zwischen den deutschen und sowjetrussischen Rechtsverhältnissen großen Beifall. Er basierte bei letzteren hauptsächlich auf sowjetrussischen Statistiken. Seine Ziffern sind aber wahrscheinlich noch viel zu niedrig gegriffen. Die Unparteilichkeit seiner Rede, ebenso wie die Bedeutung seiner Gedanken über den neuen Geist im deutschen Recht und die Neuordnung des deutschen Rechtslebens wurde auch durch die Auslandspresse anerkannt." Ebenso berichtete die in Lemberg erscheinende „Ukrajinski Wisty" und ähnlich das Hauptorgan der in den Vereinigten Staaten lebenden Ukrainer „Our Banner" (Chikago).

Dr. G. Wolf, Berlin.

Deutsche Zentralstelle zur Bekämpfung der Schwindelfirmen e. V.

Die Deutsche Zentralstelle zur Bekämpfung der Schwindelfirmen e. V., deren Sitz in Hamburg 11, Trostbrücke 4, ist und die in Berlin N 65, Lindower Str. 6, eine Zweigstelle unterhält, konnte am 6. Okt. 1936 auf ein 25jähriges Bestehen zurückblicken. Sie hat es sich während dieser Zeit angelegen sein lassen, zum Nutzen der Volksgemeinschaft in uneigennütziger Weise den Kampf gegen Unlauterkeiten im Wirtschaftsleben zu führen. Dabei hat sie sich nicht nur in den Dienst der von Schwindelfirmen bedrohten, meistens minderbemittelten Volksgenossen gestellt, sondern hat ihr Augenmerk gleichzeitig auf die Reinhaltung der Berufsgruppe der Handel- und Gewerbetreibenden von Schädlingen zu richten gesucht.

Diese Tätigkeit hatte schon bald nach der Gründung der Deutschen Zentralstelle die Anerkennung des Staates gefunden, der durch seine Ministerien und zuständigen Behörden, namentlich die Polizeibehörden, die Gerichte und Staatsanwaltschaften, der Deutschen Zentralstelle weitgehende Förderung zuteil werden ließ. Dieses gute Verhältnis der Deutschen Zentralstelle zu den staatlichen Stellen hat im nationalsozialistischen Staat noch eine Vertiefung erfahren und wurde erweitert durch Mitarbeit seitens vieler Parteidienststellen. Besonders erfreut sich die Deutsche Zentralstelle verständnisvoller Würdigung des gesamten deutschen Rechtsstandes, namentlich der Reichsführung des NS. Rechtswahrer-Bundes. Daß auch die Presse seit der Gründungszeit der Deutschen Zentralstelle ihr stets größtes Entgegenkommen bewiesen und sie in dem wichtigen Aufklärungskampf unterstützt hat, erkennt die Deutsche Zentralstelle dankbar an.

Wenn auch durch die Gesetzgebung des nationalsozialistischen Staates und durch das weit schärfere Einschreiten seiner Organe gegen Volksschädlinge dem Treiben der Schwindelfirmen starke Hindernisse bereitet werden, so wird doch eine Einrichtung wie die Deutsche Zentralstelle auch in Zukunft ihren Wert als Stelle behalten, deren Hauptaugenmerk auf die ständige Aufklärung und Vorbeugung gerichtet ist.

Schrifttum

Dr. jur. Erich Schwinge, ord. Professor der Rechte an der Universität Marburg: Kommentar zum Militärstrafgesetzbuch. (Kommentare zum deutschen Reichsrecht Bd. I.) Berlin 1936. Verlag Junker und Dünnhaupt. XII, 374 S. Preis geb. 12 *RM*.

Dem vielfach von der wehrrechtlichen Praxis geäußerten Wunsch, die Rechtswissenschaft möge an der wissenschaftlichen Pflege und Fortentwicklung des neuen Wehrrechts regen Anteil nehmen, weil nur bei enger Zusammenarbeit von Praxis und Rechtswissenschaft wirklich erfolgbringende Arbeit geleistet werden kann, ist auf dem Gebiete des Wehrstrafrechts bereits in dankenswerter Weise entgegengekommen worden. Nachdem erst kürzlich Prof. Dr. Eberh. Schmidt (Leipzig) mit seiner tiefgründigen systematischen Darstellung des heute geltenden Militärstrafrechts hervorgetreten ist, reiht sich diesem Werk jetzt der Kommentar zum MilStGB. von Prof. Dr. Erich Schwinge (Marburg) würdig an. Die wehrstrafrechtliche Praxis wird es dem Verfasser und auch dem Verlag Dank wissen, daß ihr in dem neuen Werk ein zuverlässiger Führer durch die schwierige Materie des kriminellen Wehrstrafrechts an die Hand gegeben wurde, obwohl schon mehrfach in der Öffentlichkeit von einer bevorstehenden Neuordnung dieses Rechtsgebiets gesprochen worden ist, die die Herausgabe des Kommentars vielleicht als ein gewagtes Geschäft erscheinen lassen könnte. Diese Neuordnung wird zwar kommen, sie ist aber bei der organischen Verbindung, die zwischen dem MilStGB. und dem allgemeinen StGB. besteht und bestehen bleiben wird, von der Neuordnung des allgemeinen materiellen Strafrechts abhängig, die wiederum eine Rückwirkung auf das gesamte strafrechtliche Verfahrensrecht zur Folge haben und dessen Anpassung an die neuen materiellrechtlichen Grundsätze des kommenden nationalsozialistischen Strafrechts notwendig machen wird. Wer ermessen kann, welche Fülle von Arbeit der große Neuaufbau des gesamten künftigen nationalsozialistischen Strafrechts erfordert, wird nicht sobald mit seiner Vollendung rechnen. Jeder, der sich mit dem geltenden kriminellen Wehrstrafrecht befassen muß, wird daher nicht zögern, sich das trefflich gelungene Werk zu beschaffen, das ihm bald ein unentbehrliches Rüstzeug bei der Bewältigung des schwierigen Rechtsstoffes sein und auch nach dessen Neuordnung bleiben wird; denn die bewährten Grundgedanken des geltenden Wehrstrafrechts werden erhalten bleiben. Der Hauptleitgedanke des Militärstrafrechts ist die Wahrung der Manneszucht und Schlagkraft der Wehrmacht. An ihm richten sich alle Bestimmungen des MilStGB. aus. Von diesem zweckbestimmenden Leitgedanken aus kann allein auch an eine Auslegung der einzelnen Bestimmungen des MilStGB. herangegangen werden. Das hat der Verf. richtig erkannt und zur Geltung gebracht. Durch das ganze Werk geht ein erfrischender Zug von gesunder, den Belangen der Wehrmacht wie der Gerechtigkeit gleich Rechnung tragender Rechtsauffassung, die bestrebt ist, die formelle Gerechtigkeit zu überwinden und der inneren Gerechtigkeit zum Siege zu verhelfen. Das verleiht dem Werk nicht nur seine besondere Note, sondern auch seinen hohen Wert. Besonders tritt dies hervor bei der Erörterung der strittigen Fragen, ob ein irrtümlich in die Wehrmacht eingestellter Ausländer dem MilStGB. unterfällt (S. 25/27), ob § 6d (Eintritt der Wehrunwürdigkeit von Rechts wegen) auf die sogenannten Wehrdienstbeamten anwendbar ist (S. 38), ob Personen, die dem MilStGB. nicht unterstehen, als mittelbare Täter rein militärischer Straftaten in Frage kommen können (S. 99), wie weit ein Notwehrrecht des Untergebenen anzuerkennen ist (S. 108 ff.), ob nach § 60 MilStGB. eine Anzeigepflicht besteht bei Kenntniserlangung von dem Vorhaben eines Kriegsverrats seitens einer unzurechnungsfähigen (z. B. geisteskranken) Person (S. 148), bei der Frage der Vorgesetzteneigenschaft der Wachen (S. 232 ff.), des Notrechts der Vorgesetzten nach § 124 MilStGB. (S. 263) und schließlich bei der Frage der Anwendbarkeit der §§ 188, 190, 191, 193, 199 und 200 des allgemeinen StGB.

Zu all diesen Streitfragen nimmt der Verf. positiv Stellung von dem großen gemeinsamen Leitgedanken aus: Aufrechterhaltung der Manneszucht, Sicherung des inneren Zusammenhalts, der Schlagkraft und Schlagfertigkeit der Wehrmacht.

Als besonderer Vorzug des Buches ist noch zu erwähnen, daß der Verf. der eigentlichen Erläuterung der gesetzlichen Bestimmungen kurze allgemeinverständliche Darlegungen über die gesetzlichen Grundlagen sowie über die Leitgedanken des Militärstrafrechts und einen systematischen Überblick über die Lehre vom Verbrechen vorausgeschickt hat. Sie sind für den militärischen Vorgesetzten von besonderem Wert, der sich vor die Entscheidung der Frage gestellt sieht, ob die Handlung eines Untergebenen unter ein Strafgesetz fällt und daher über sie Tatbericht einzureichen ist oder ob sie disziplinarisch geahndet werden kann. Sie sind ferner wissenswert für jeden Wehrmachtangehörigen, der als beisitzender Richter zu den Kriegsgerichten usw. berufen werden kann.

Gegenüber diesen unbestreitbaren Vorzügen des Werkes fallen unterlaufene kleine Flüchtigkeiten und Unrichtigkeiten, die hier im einzelnen nicht erörtert werden können, nicht wesentlich ins Gewicht.

MinR. Dr. Senftleben, Berlin.

Dr. Eduard Kohlrausch, ord. Prof.: Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich mit Erläuterungen und Nebengesetzen. (Guttentagsche Sammlung Deutscher Reichsgesetze, Bd. 2.) 32. Aufl. Berlin und Leipzig 1936. Verlag Walter de Gruyter & Co. 670 S. Preis geb. 7,20 *RM*.

Die neue Auflage des beliebten Kommentars von Kohlrausch, dessen Vorauflage ich in JW. 1935, 919 besprochen habe, berücksichtigt wieder die zahlreichen Änderungen des StGB. der letzten zwei Jahre. Der Kommentar entspricht nunmehr überall der neuen, vielfach geänderten Fassung des StGB. Auch die neuen Änderungen des StGB. durch Einführung des § 239a StGB. (Ges. v. 22. Juni 1936) und die Änderungen v. 2. Juli 1936 (§§ 139, 143a, 353b und 353c StGB.) konnten noch verarbeitet werden. Die Vorauflage hatte die neuen, grundlegenden Bestimmungen in § 2 und § 2b StGB. nicht mehr berücksichtigen können. Die neue Darstellung hierzu ist ganz ausgezeichnet. In dem Anhang sind bereits die wichtigsten Entsch. zur Frage der Analogie wiedergegeben, insbesondere die Entscheidungen der AG. Strausberg (JW. 1936, 1229 [23]), Apolda (JW. 1936, 1701 [38]), Weißenfels (JW. 1936, 1615 [23]), auf deren ausgezeichnete Kritik durch K. Schaefer (JW. a. a. O.) hingewiesen wird. Gerade bei den neuen grundlegenden strafrechtlichen Bestimmungen ist es aber Aufgabe eines Kommentars, die Rechtswahrer auf die richtige Anwendung der neuen Gesetze durch eigene Kritik fehlgehender Entscheidungen hinzuweisen. Es wäre deshalb erwünscht gewesen, wenn der Verfasser sich nicht damit begnügt hätte, lediglich die gegenteilige Auffassung kurz anzudeuten, sondern auch seine eigene Stellungnahme hätte erkennen lassen.

Die praktisch wichtige Rechtsprechung zu dem Abschnitt „Maßregeln der Sicherungen und Besserung" hat nunmehr eine im Rahmen des Kommentars umfassende Darstellung gefunden. Die Prägnanz und Wissenschaftlichkeit dieser Erläuterungen ist so hervorragend, daß sie in ähnlicher Form nicht mehr bestehen dürften.

Aber auch die Erläuterungen zu den nicht veränderten Bestimmungen des StGB. sind sehr sorgfältig vervollständigt Ganze Teile sind neu gefaßt. Dies gilt insbesondere von

dem § 266 StGB. In der Besprechung der Vorauflage war hier bemängelt, daß die Kommentierung zu § 266 StGB. den praktischen und theoretischen Anforderungen nicht genüge. Nunmehr ist eine ganz neue, recht gute Kommentierung zu § 266 StGB. gegeben worden; dasselbe gilt übrigens von einigen früheren Bemängelungen zu § 263 StGB. Auch hier hat der Verfasser sehr sorgfältig Ergänzungen vorgenommen, insbesondere zu § 263 Abs. 4 StGB.

Der Kommentar wird daher seinen Ruf als für den Praktiker und Theoretiker gleich wertvolles Rüstzeug für ihre Arbeit bewahren. Dennoch soll hier der Wunsch des Praktikers noch einmal hervorgehoben werden, daß der Kommentar noch mehr als bisher die vielen, wichtigen Entscheidungen heranzieht, die in der JW., nicht aber in der amtlichen Sammlung veröffentlicht sind, wie dieses bereits bei den Kommentierungen der neueren §§ 2a und 2b und 20a und 42a ff. geschehen ist. RA. Dr. v. Bohlen, Berlin.

Heinrich Schönebeck, Referent für Beamtenrecht im Deutschen Gemeindetag: Das geltende Kommunalbeamtenrecht auf Grund der reichsrechtlichen Vorschriften unter Berücksichtigung der Vorschriften des preußischen Rechts unter Mitwirkung von MinDirig. Seel und MinR. Dr. Krauthausen. München-Berlin 1936. Kommunalschriften-Verlag J. Jehle GmbH. 168 S. Preis brosch. 5,10 RM.

Die vorliegende Darstellung des geltenden Kommunalbeamtenrechts entspricht einem praktischen Bedürfnis. Das geltende Kommunalbeamtenrecht ist, insbesondere für das preußische Rechtsgebiet, recht unübersichtlich geworden. Eine einheitliche Kodifikation des preußischen Kommunalbeamtenrechts hat nie bestanden. Die neuere Gesetzgebung erstrebt bis zum Erlaß eines neuen RBG. eine möglichst einheitliche Gestaltung des Rechts der Reichs- und Länderbeamten sowie der Kommunalbeamten.

Die Verfasser erläutern systematisch das geltende Kommunalbeamtenrecht, das jetzt überwiegend Reichsrecht ist, indem sie etwa 40 Einzelfragen einer besonderen Darstellung unterziehen. Dabei ist in der Regel von einem Abdruck von Gesetzen abgesehen; lediglich einige wichtige Erlasse, insbesondere bisher nicht veröffentlichte, sind wörtlich wiedergegeben. Einen großen Raum der Darstellung nehmen die Abschnitte „Anstellung (S. 9—59) und Versorgung (S. 100—123) des Kommunalbeamten" ein. Im Zusammenhang mit den anderen unter besonderen Abschnitten behandelten Fragen ist die Darstellung des geltenden Kommunalbeamtenrechts recht umfassend und keine wichtige Frage unberührt gelassen. Für die Auswahl waren lediglich praktische Gesichtspunkte maßgebend, und in der Auswahl der Fragen haben die Verfasser durchweg eine recht glückliche Hand gehabt.

Lediglich der Abschnitt Nr. 36 „Defektenverfahren" (S. 150) ist zu kurz erörtert und dürfte den Anforderungen nicht genügen. Hier hätte darauf hingewiesen werden müssen, daß die Anfechtungsklage gegen den Defektenbeschluß nunmehr nach feststehender Rechtsprechung des RG. (Urt. v. 8. Nov. 1935, III 136/35: JW. 1936, 723[8] ff.) nicht gegen die anordnende Behörde oder gegen den hinter ihr stehenden öffentlichen Verband, sondern gegen den angeblich geschädigten öffentlichen Dienstherrn des Beamten zu richten ist. Gerade im Hinblick auf den Wandel der reichsgerichtlichen Rechtsprechung in dieser Frage bedurfte es hierzu auch im Rahmen des vorliegenden Werks einer eingehenderen Stellungnahme. Das Wesen des Defektenverfahrens hätte auch nicht nur in einer kurzen Anmerkung erörtert werden dürfen.

Das hindert nicht, daß das Buch im ganzen ein ausgezeichnetes Hilfsmittel für den Verwaltungspraktiker ist. Aber auch die Gerichte und Anwälte werden, wenn sie sich über Fragen des geltenden Kommunalbeamtenrechts schnell und zuverlässig unterrichten wollen, mit Erfolg von diesem Buch Gebrauch machen. Ein sorgfältig verfaßtes Sachregister erleichtert den Gebrauch. RA. Dr. v. Bohlen, Berlin.

Dr. jur. Carl Dieckmann, Bürgermeister i. R.: Das Fluchtliniengesetz v. 2. Juli 1875 und das Wohnsiedlungsgesetz v. 22. Sept. 1933 nebst den technischen Ausführungsvorschriften. 1. und 2. Aufl. Herford 1936. Verlag Fr. Kuhle. XII, 268 S. Preis 7,50 RM (einschl. Porto).

Der durch zahlreiche Veröffentlichungen auf dem Gebiete des Verwaltungsrechts bekannte Verf. kommentiert in dem Buche in den ersten beiden Teilen das FluchtlG. (S. 1—171) und das WohnSiedlG. (S. 172—191). In dem dritten Teile (S. 192—253) sind die zum WohnSiedlG. und FluchtlG. bisher erlassenen zahlreichen Verwaltungsvorschriften wiedergegeben. Die Herausgabe dieses Kommentars entspricht einem praktischen Bedürfnis. Das FluchtlG. hat durch das GemVerfG., das Anpassungs- und viele andere Gesetze wesentliche Änderungen erfahren. Das Rechtsgebiet des FluchtlG. und des dazu gehörigen WohnSiedlG. ist nicht nur das Arbeitsgebiet des reinen Verwaltungsfachmannes. Der Anwalt, aber auch die Gerichte, insbesondere bei Klagen gegen die Gemeinden, müssen sich mit diesem schwierigen Gebiet befassen. Der Kommentar von Dieckmann wird den praktischen Bedürfnissen in jeder Weise gerecht. Insbesondere ist die Rechtsprechung des PrOVG. und die des RG. so eingehend zitiert, daß wohl bei jeder auftauchenden Frage mindestens ein Hinweis dem Kommentar entnommen werden kann. Dabei ist die Darstellung sehr klar gefaßt, insbesondere ist immer eingehend auf die den einzelnen Bestimmungen zugrunde liegenden Rechtsgedanken hingewiesen. Der Kommentar wird deshalb, zumal neuere Kommentare auf diesem Gebiete fehlen, für alle ein wertvoller Helfer sein, die sich mit dieser komplizierten Materie zu befassen haben.

Lediglich die Kommentierung zu § 13 FluchtlG. und die zu der NotVO. des RPräs. v. 5. Juni 1931 über Enteignungen auf dem Gebiete des Städtebaues (in der Fassung v. 18. März 1933) gegebenen Erläuterungen (S. 78 ff.) erschienen mir zu knapp. Hier handelte es sich gerade um ein Gebiet, das einer eingehenderen Kommentierung bedurft hätte. Hier hätten auch noch mehr neueste Urteile des RG. verwertet werden können, da der Kommentar die Entscheidungen des RG. nur bis zum 141. Bande berücksichtigt.

Ein sorgfältiges Sachregister und ein eingehendes Inhaltsverzeichnis erleichtern den praktischen Gebrauch des Kommentars. RA. Dr. v. Bohlen, Berlin.

Dr. Gustav Rohmer, RegPräs. a. D.: Nachtrag zum Kommentar zur Arbeitszeitordnung. 4. Aufl., enthaltend Bäckereigesetz v. 29. Juni 1936 mit DurchfVO. und Spinnstoffgesetz vom 6. Dez. 1935. 28 S. Einzelpreis 0,70 RM (Hauptband mit Nachtrag 10,20 RM).

Arbeitszeitordnung. Textausgabe mit Einleitung, Erläuterungen und Sachverzeichnis von Dr. Gustav Rohmer, Staatsrat, RegPräs. a. D. Nachtrag, enthaltend Bäckereigesetz v. 29. Juni 1936 mit DurchfVO. und Spinnstoffgesetz v. 6. Dez. 1935. 36 S. Einzelpreis 0,50 RM (Hauptband mit Nachtrag 4 RM). München und Berlin 1936. C. H. Becksche Verlagsbuchh.

Die beiden Nachträge zu den JW. 1935, 31 und 2550 besprochenen Hauptwerken bringen diese auf den Stand von September 1936. D. S.

Die Verwaltungs-Akademie. Ein Handbuch für den Beamten im nationalsozialistischen Staat. Herausgeber: die Staatssekretäre Dr. Lammers und Pfundtner. Lieferung 43—46. Berlin 1936. Industrieverlag Spaeth u. Linde. Preis je Lieferung 1 RM.

Die neuen Lieferungen enthalten einen Beitrag über Aufbau und Tätigkeit der Reichsjugendführung (Neeße), eine Abhandlung über Finanzen und Steuern (Blümich), in der zunächst ein Überblick über die Entwicklung der Reichsfinanzen seit 1871 gegeben und dann das deutsche Steuersystem ausführlich behandelt wird, ferner Darstellungen der Agrar- und Siedlungspolitik (Backe) und des Reichshaushalts und der Reichsschuldenverwaltung (Mussehl), sowie ein Referat von Reinhardt über das Wesen der Volksgemeinschaft. L.

Rechtsprechung

Reichsgericht: Zivilsachen

[** Abdruck in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts. — † Anmerkung.]

**1. §§ 823 ff., 831, 839, 852 BGB.; PrStaatshaftG. Wenn ein Schaden verursacht worden ist durch Handlungen verschiedener Personen, von denen die einen als Beamte ihre Amtspflicht verletzt, die anderen als Nichtbeamte eine unerlaubte Handlung begangen haben sollen, dann gelten für das Verhalten der ersteren § 839, für das Verhalten der letzteren die §§ 823 ff., 831 BGB. Sowohl für die Verjährung wie auch im Hinblick auf § 839 Abs. 1 Satz 2 ist der Unterschied der verschiedenen Haftungsarten von Bedeutung. Beamter i. S. des Art. 131 WeimVerf. ist jede Person, die der Staat oder eine dazu befugte öffentliche Körperschaft mit öffentlicher Gewalt umkleidet hat, und zwar unabhängig davon, ob ihr staatsrechtlich Beamteneigenschaften zukommen oder nicht. Beginn der dreijährigen Verjährungsfrist des § 852 BGB.

Wegen des Sach- und Streitstandes wird auf das Urteil des Senats v. 29. Juni 1934, III 22/34: RGZ. 145, 56 = JW. 1934, 2543[4] Bezug genommen. Nunmehr hat das BG. die Berufung wiederum zurückgewiesen. Auch diese Entsch. bekämpft das Deutsche Reich mit der Revision.

Das BG. hat jetzt angenommen, daß der Bekl. für den der Firma August K. durch den Brückeneinsturz erwachsenen Schaden verantwortlich sei: 1. wegen Verschuldens der Strombaubeamten durch Unterlassen genügender Anordnungen und Überwachungsmaßnahmen nach § 839 BGB. i. Verb. m. § 1 PrStaatshaftG., 2. wegen Verschuldens der Strombauarbeiter H. und B. durch vorzeitiges Loslassen der Fierleine nach §§ 823, 831 BGB. Die letztere Haftung als die nicht durch § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB. beschränkte und daher weitergehende hat das BG. seiner Entsch. zugrunde gelegt und dabei ausgeführt, daß bei solcher Sachlage, wie sie hier gegeben, eine gleichzeitige Haftung aus § 839 i. Verb. m. dem StaatshaftG. einerseits, aus den §§ 823, 831 BGB. andererseits möglich sei. Diese Ansicht unterliegt keinen rechtlichen Bedenken; denn der Grundsatz, daß § 839 nicht mit § 823 zusammentreffen kann, bezieht sich nur auf ein und dieselbe Handlung eines bestimmten Beamten; ihre Beurteilung nach § 839 schließt die nach den §§ 823 ff. aus. Wenn dagegen, wie hier, ein Schaden verursacht worden ist durch Handlungen verschiedener Personen, von denen die einen als Beamte ihre Amtspflicht verletzt, die anderen als Nichtbeamte eine unerlaubte Handlung begangen haben sollen, dann gelten allerdings für das Verhalten der ersteren § 839, für das der letzteren die §§ 823 ff. BGB. Die Haftung des Staates dafür kann dann ebenfalls verschiedene Wege gehen, die eingeschränkte nach § 839 also neben der nach den allgemeinen Deliktsvorschriften stehen.

Die Frage, ob hier die Haftung aus den §§ 823, 831 BGB. durchgreift, ist für den Ausgang des Rechtsstreits von wesentlicher Bedeutung. Denn, wie der erk. Sen. in dem Urt. v. 29. Juni 1934 dargelegt hat, kann die Kl. unter dem Gesichtspunkt der Staatshaftung nicht den Schaden ersetzt verlangen, den sie auf Grund des Versicherungsvertrags der Firma August K. hat ersetzen müssen. Vielmehr greift insoweit § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB. durch. Die Haftung aus den §§ 823, 831 BGB. unterliegt dagegen nicht dieser Beschränkung. Auch für die Verjährung ist der Unterschied der beiden Haftungsarten von Bedeutung.

Die Frage, ob der Bekl. für die beiden Strombauarbeiter wirklich nach den §§ 823, 831 haftet oder ob auch insoweit § 839 BGB. eingreift, bedarf einer erneuten Prüfung durch das BG. Dieses sagt ohne nähere Begründung, soweit der Bekl. für den von den beiden nichtbeamteten Strombauarbeitern widerrechtlich angerichteten Schaden einzustehen habe, hafte er nur nach den Vorschriften der §§ 823, 831 BGB. Es scheint also die privatrechtliche Haftung lediglich aus der Tatsache herzuleiten, daß die beiden Arbeiter nicht Beamte im staatsrechtlichen Sinne waren. Darauf kommt es aber nicht an. Beamter i. S. des Art. 131 WeimVerf. ist jede Person, die der Staat (oder eine dazu befugte öffentliche Körperschaft) mit öffentlicher Gewalt umkleidet hat, und zwar unabhängig davon, ob ihr staatsrechtlich Beamteneigenschaft zukommt oder nicht (RGZ. 142, 191/92 mit Nachweisungen = JW. 1934, 209[1]). Das gleiche muß für das hier noch anwendbare PrStaatshaftG. gelten. Es sollte den Vorbehalt des Art. 77 EGBGB. ausfüllen und die Haftung des Staates im Bereich seiner hoheitsrechtlichen Tätigkeit ebenso umfassend regeln, wie das im BGB. für das Gebiet seiner privatrechtlichen Betätigung geschehen war. Es kommt daher für die Frage, ob die Haftung aus den §§ 823, 831 BGB. durchgreift, darauf an, ob die Tätigkeit, mit der die beiden Arbeiter betraut waren, bürgerlich-rechtlichen Charakter hatte. Gehörte sie dagegen zu der öffentlich-rechtlichen Regelung und Beaufsichtigung, die der Staat dem Schiffsverkehr auf der Oder dort, wo die neue Brücke gebaut wurde, zuteil werden ließ, so scheidet § 831 BGB. aus. Denn er ist unanwendbar bei Handlungen, die in Ausübung staatlicher Hoheitsrechte oder sonst öffentlich-rechtlicher Funktionen vorgenommen werden (RGRKomm. z. BGB., 8. Aufl., § 831 Anm. 1 S. 657 unten, 658). Wird eine im staatsrechtlichen Sinne nichtbeamtete Person mit hoheitsrechtlichen Aufgaben betraut, so fällt sie nach dem oben Gesagten unmittelbar in den Bereich von § 839. Des Umwegs über den § 831 bedarf es also nicht, wenn von einer solchen Person bei Wahrnehmung hoheitsrechtlicher Aufgaben schuldhaft gefehlt ist. Die §§ 823 ff. BGB. regeln nur die Schadensersatzpflicht im Bereiche des bürgerlichen Rechts.

Das BG. hat den hiernach entscheidenden Gesichtspunkt nicht erkannt und daher nicht geprüft, ob die Tätigkeit der beiden Arbeiter, die im Dienste der Strombauverwaltung standen, in den privatrechtlichen Bereich fiel oder auf dem Gebiet öffentlich-rechtlicher, insbes. strompolizeilicher Aufgaben lag. Zur Nachholung dieser Prüfung muß die Sache an die Vorinstanz zurückverwiesen werden. Dabei soll schon jetzt folgendes bemerkt werden:

Nach dem bisherigen Parteivorbringen hatte die Strombauverwaltung mit dem Brückenbau unmittelbar nichts zu tun. Er wurde von der Firma August K. im Auftrage der Stadtgemeinde F. ausgeführt. Aber er unterlag der Genehmigung der staatlichen Wasserpolizeibehörde (vgl. RGZ. 103, 424/25). Dabei konnte diese den Erbauern der Brücke Auflagen machen. Sie hat sich außerdem veranlaßt gesehen, den Schiffsverkehr an der Baustelle für die Bauzeit besonders zu regeln. Einen Teil dieser Regelung bildete, soweit bisher ersichtlich, die den Schiffern der zu Tal fahrenden Kähne auferlegte Verpflichtung, vor dem Baugerüst an einer im Strom verankerten Boje mit einer Fierleine festzumachen. Zur Hilfeleistung hierbei standen die beiden Stromarbeiter B. und H. bereit. Von wem sie den Auftrag hierzu erhalten haben, ist im BU. nicht gesagt. Aber auch wenn die Strombauverwaltung sie zu der Boje entsandt haben sollte, so würde daraus noch nicht mit Notwendigkeit folgen, daß ihre Tätigkeit öffentlich-rechtlicher Natur war. Es kann auch so gewesen sein, daß

den Schiffern lediglich anheimgegeben worden war, die Arbeiter im Wege bürgerlich-rechtlichen Auftrags zur Hilfeleistung bei der Navigierung ihres Schiffes heranzuziehen. Die Schiffsführung ist aber Sache des Schiffers und gehört an sich nicht zu dem Aufgabenkreis der Wasserpolizei. Zum Vergleich mag auf die Sach- und Rechtslage hingewiesen werden, wie sie dann gegeben war, wenn sich ein Schiffer des Bugsierdampfers bediente, den die Strombauverwaltung bei Hochwasser an der Baustelle bereit hielt, damit er die Schiffer beim Durchfahren des Baugerüstes unterstützte. Der Kapitän des Bugsierdampfers hatte solchenfalls keine öffentlichen Dienste zu verrichten.

Ist die Stellung der beiden Stromarbeiter aus diesen oder aus anderen Erwägungen als bürgerlich-rechtlich anzusehen, so bleibt allerdings weiter noch zu prüfen, ob das Abwerfen der Fierleine — ihr vorzeitiges Abwerfen soll den Unfall verursacht haben — überhaupt eine Verrichtung war, zu der die Strombauverwaltung die Arbeiter bestellt hatte. Haben sie das nur im Auftrage des Schiffers getan, dem sie von der Strombauverwaltung zur Verfügung gestellt waren, so würde der Bekl. dafür auch nicht aus den §§ 823, 831 BGB. haften. Nur ein etwaiges Verschulden der Beamten der Strombauverwaltung bei der Auswahl und der etwa erforderlichen Beaufsichtigung der beiden Arbeiter unter strompolizeilichen Gesichtspunkten käme dabei in Frage. Insoweit würde eine Haftung des Bekl. aber wiederum nur aus § 839 BGB. i. Verb. m. dem StaatshaftG. hergeleitet werden können.

Die Rev. ist ferner den Ausführungen des angefochtenen Urt. über die vom Bekl. erhobene Verjährungseinrede entgegengetreten. Dem BG. ist jedoch darin beizutreten, daß diese Einrede unbegründet ist.

Soweit es sich um die Haftung des Bekl. aus schuldhafter Amtspflichtverletzung von Beamten handelt, geht das Urt. des erk. Sen. v. 29. Juni 1934 in Übereinstimmung mit seiner früheren Rspr. davon aus, daß bei der auf fahrlässige Amtspflichtverletzung gestützten Amtshaftungsklage die dreijährige Verjährung des § 852 BGB. nicht früher beginnen kann, als der Verletzte weiß, daß kein anderer Ersatzpflichtiger vorhanden ist. Es wird dort aber weiter ausgeführt: Wenn sich aus der Sachlage ein Anhalt dafür ergebe, daß auch ein anderer Ersatzpflichtiger in Frage komme, so müsse der Verletzte durch alsbaldige Inanspruchnahme dieses Dritten den Sachverhalt klarstellen. Liege genügender Anlaß vor, gegen den Dritten mit der Klage vorzugehen, so könne durch deren Unterlassung der Geschädigte im Amtshaftungsprozeß nicht besser gestellt werden als der, der rechtzeitig geklagt hätte. Es sei dann also zu fragen, wann im Prozeßweg hätte festgestellt werden können, daß von dem Dritten Schadensersatz nicht oder nur zu einem bestimmten Teil zu erlangen gewesen sei. Von da ab würde gegenüber dem Staat, wenn im übrigen die Voraussetzungen für seine Inanspruchnahme bereits bekannt gewesen seien, der Lauf der dreijährigen Frist zu rechnen sein. (Wird für den vorl. Fall weiter ausgeführt.)

(U. v. 8. Mai 1936; III 187/35. — Breslau.) [v. B.]

*

** **2.** §§ 843 ff. BGB.; RHaftpflG.; § 11 KraftfG. **An der Auffassung, daß ein Vermögensschaden schon dann vorliegt, wenn eine Vermehrung der Bedürfnisse eingetreten ist, die eine sachgemäße Befriedigung verlangt und nicht erst dann, wenn die vermehrten Bedürfnisse befriedigt worden sind, hält das RG. fest.**

Die Kl. ist am 26. Aug. 1930 im Betriebe der beklagten VerkehrsAktG. beim Verlassen eines Untergrundbahnzuges verunglückt. Sie erlitt einen Bruch des rechten Schenkelhalses; später erkrankte auch das rechte Hüftgelenk. Die Verpflichtung der Bekl., der Kl. den aus dem Unfall entstandenen und entstehenden Schaden zu ersetzen, steht rechtskräftig fest. Die Gesamtleistungen der Bekl. betrugen bis zum Erlaß des jetzt in Rede stehenden BU. 20 979,80 *RM*. Durch dieses Urteil wurden der Kl. weitere Beträge zugesprochen.

Den vom BG. zugesprochenen Beträgen liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Kl. ist nach der Feststellung des BG., die sich auf Gutachten Sachverständiger stützt, infolge der eine Wirkung des Unfalls darstellenden Leiden nicht fähig, regelmäßig Arbeit im Haushalt zu verrichten; ihr körperlicher Zustand macht tagsüber die Annahme einer geschulten Pflegerin notwendig; sie kann auch des Nachts nicht allein bleiben; wenn ihr Ehemann zur Hilfeleistung während der Nacht nicht zur Verfügung steht, muß sie auch dann eine Pflegerin heranziehen. Sie kann öffentliche Verkehrsmittel nicht benutzen. Sie bedarf auch einer besonders kräftigen Ernährung. Bis Ende September 1939 ist keine Aussicht auf Besserung vorhanden. Das BG. spricht deshalb unter näherer Darlegung der zur Befriedigung der einzelnen Bedürfnisse erforderlichen Einzelbeträge bestimmte Beträge zu.

Das BG. geht bei der Zusprechung der Beträge von der Rechtsauffassung aus, daß nicht nur die tatsächlichen Aufwendungen für die Befriedigung der besonderen Bedürfnisse zu ersetzen sind, sondern daß Ersatz auch insoweit für die Mehrbedürfnisse zu leisten ist, als die Kl. sie aus Mangel an Mitteln nicht hat befriedigen können. Das BG. beruft sich hierfür auf die in RGZ. 148, 68 (70, 71) = JW. 1935, 2357 Nr. 6 m. Anm. Abitz-Schultze abgedruckte Entsch. des erk. Sen. v. 23. Mai 1935, VI 16/35.

Diese Auffassung wird von der Rev. nach zwei Richtungen bekämpft. Sie macht einmal geltend, der Umstand, daß für Mehrbedürfnisse tatsächlich Aufwendungen nicht gemacht seien, stelle ein starkes Beweisanzeichen gegen die Notwendigkeit der Aufwendung zumal dann dar, wenn der Schuldner bereits, wie im vorl. Falle seit April 1933, Vorauszahlungen an den Gläubiger bewirkt habe oder dieser sie durch EinstwVfg. ohne weiteres hätte erlangen können. Diese von der Rev. unter dem Gesichtspunkt des § 287 ZPO. erhobene Rüge ist unbegründet. Das BG. hat mit eingehender Begründung unter Berufung auf die Gutachten vernommener Sachverständiger die Notwendigkeit der Befriedigung der im einzelnen aufgeführten vermehrten Bedürfnisse bejaht. § 287 ZPO. ist nicht verletzt.

Die Rev. bekämpft in zweiter Linie die in der angegebenen Entsch. des erk. Sen. ausgedrückte Auffassung aus grundsätzlichen Erwägungen. Sie beruft sich zunächst auf die Ausführungen von Wussow in der Zeitschrift Verkehrstechnik vom 5. Dez. 1935, Heft 23 S. 627. Sie weist ferner darauf hin, daß das RHaftpflG. ein Sondergesetz sei und dem allgemeinen bürgerlichen Recht, insbes. dem § 843 BGB., vorgehe. Die in den §§ 3, 3a, 7 jenes Gesetzes getroffene Regelung sei erschöpfend; sonst würde es nicht der Anordnung bedurft haben, daß § 843 Abs. 2 bis 4 — nicht Abs. 1 — BGB. entsprechend anzuwenden seien. Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 3a sei ein Vermögensnachteil als Folge der Bedürfnisvermehrung erforderlich. Die allgemeine Regel, daß nur wegen Vermögensschadens Entschädigung verlangt werden könne (§ 253 BGB.), sei also nicht verlassen. Die Notwendigkeit der Deckung von Bedürfnissen könne nicht einem eingetretenen Vermögensschaden gleichgestellt werden. Auch in den sonstigen Sondergesetzen, wie in dem KraftfG. und in dem LuftVerkG., sei dieser Fall nicht anders geregelt. Dasselbe gelte für § 843 BGB., wie es nach § 122 I 6 ALR. gegolten habe. Freilich müsse die nach dem Gesetz zu zahlende Rente vierteljährlich im voraus gezahlt werden; aber diese Vorschrift beziehe sich nur auf die Zukunft. Und selbst beim Vorliegen eines rechtskräftigen Urteils stehe nach RGZ. 95, 86 = JW. 1919, 508 der Weg des § 323 ZPO. offen, wenn die zugesprochenen Beträge fortgesetzt bestimmungswidrig verwandt würden. Das Gesetz behandle die Vermehrung der Bedürfnisse nicht anders als die Heilungskosten oder die Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit. In allen diesen Fällen könne nur Ersatz des wirklichen wirtschaftlichen Nachteils gefordert werden. Die Rev. verkennt nicht, daß die von ihr vertretene Auffassung u. U. zu einer Begünstigung des säumigen Schuldners führen würde. Aber sie meint, eine solche Säumigkeit stelle nicht den Regelfall dar. Anderseits würde eine andere Auslegung dem Verletzten die Möglichkeit bieten, sich durch Vorauszahlungen zu bereichern, anstatt sie zur Deckung der vermehrten Bedürfnisse zu verwenden. Dieser Fall sei für den jetzigen Rechtszug zu unterstellen. Der Weg des § 323 ZPO. biete keine genügende Abhilfe.

Die von der Rev. erhobenen Bedenken können nicht als

begründet anerkannt werden. Vielmehr ist an der RGZ. 148, 68 ausgesprochenen Auffassung festzuhalten. In einer Beziehung besteht ein Unterschied zwischen dem Anspruch, der sich auf die Aufhebung oder Minderung der Erwerbsfähigkeit gründet, und dem Anspruch, der in der Vermehrung der Bedürfnisse des Verletzten seine Stütze findet. Zwar handelt es sich um einen einheitlichen, mit der Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit — und mit der Vermehrung der Bedürfnisse — entstehenden Anspruch (Erläut. v. RGR., Bem. 2c zu § 843). Aber der Unterschied besteht darin, daß der die Erwerbsfähigkeit beeinträchtigende Anspruch mit seinem Entstehen bereits sinnfällig das Einkommen des Verletzten vermindert, während die Vermehrung der Bedürfnisse die wirtschaftliche Lage des Verletzten nur insoweit berührt, als sie erst neue Ausgaben notwendig macht. Im Ergebnis kommt aber beides auf dasselbe hinaus (RGZ. 102, 30 [36]). Der Einfluß des schädigenden Ereignisses auf die wirtschaftliche Lage des Verletzten ist in beiden Fällen der gleiche. Der Grund ist für beide Ansprüche bereits mit dem schädigenden Ereignis selbst gegeben. Damit ist die Auffassung der Rev. nicht vereinbar. Sie läuft darauf hinaus, daß ein auf die Vermehrung der Bedürfnisse gestützter Anspruch in Wirklichkeit ein Erstattungsanspruch ist, der nicht mit dem schädigenden Ereignis, sondern mit der die Befriedigung des Bedürfnisses bezweckenden Verauslagung eines bestimmten Geldbetrages entsteht. Dafür gibt aber das Gesetz keinerlei Anhalt. Insbes. ist für diese Frage keine Unterscheidung zwischen dem BGB. (§ 843) und dem RHaftpflG. und anderen Sondergesetzen zu machen. Die Ausführung der Rev., daß das RHaftpflG. ein Sondergesetz sei, das man aus sich heraus auszulegen habe, trifft zwar zu, ist aber für die hier zu entscheidende Frage belanglos.

Auch die Entstehung der gesetzlichen Vorschriften gibt für die Auffassung der Rev. keinen Anhalt. Der Unterschied zwischen den Vorschriften des BGB. und denen des RHaftpflG., der in bezug auf den Schmerzensgeldanspruch, die Ansprüche aus dem in § 845 BGB. geregelten Tatbestand und in bezug auf die Haftungsbeschränkung besteht, kommt für die hier zu entscheidende Frage nicht in Betracht. Wohl aber ist auf folgendes hinzuweisen:

Der § 3 RHaftpflG. umfaßte sowohl den Fall der Tötung als den Fall der Körperverletzung. Er setzte u. a. im ersten Fall die Schadensersatzverpflichtung durch den Ersatz der Kosten einer versuchten Heilung und für den anderen Fall durch den Ersatz der Heilungskosten fest. Durch Art. 42 EGBGB. wurde § 3 RHaftpflG. entsprechend den §§ 843, 844 BGB. in zwei Teile zerlegt. § 3 regelt den Fall der Tötung, § 3a den Fall der Körperverletzung. Letztere Vorschrift bestimmt nunmehr, daß der Schadensersatz durch Ersatz der Kosten der Heilung sowie des Vermögensnachteils zu leisten ist, den der Verletzte dadurch erleidet, daß infolge der Verletzung zeitweise oder dauernd seine Erwerbsfähigkeit aufgehoben oder gemindert oder eine Vermehrung seiner Bedürfnisse eingetreten ist. Es sollte klargestellt werden, daß die Schadensersatzpflicht nicht nur die eigentliche Heilung, sondern auch die Befriedigung der durch den Unfall gesteigerten Bedürfnisse umfaßt. Der Unterschied zwischen beiden der Schadensersatzpflicht unterliegenden Gruppen besteht hiernach darin, daß es sich bei Heilung um einen nur zeitweiligen und vorübergehenden, bei den vermehrten Bedürfnissen um einen voraussichtlich dauernden Zustand handelt (RG.: JW. 1914, 408 [10]). Aber ein Anhalt für eine Unterscheidung auf diesem Gebiete zwischen dem BGB. und dem RHaftpflG. ist nicht gegeben. Insbes. ergibt der Wortlaut des § 3a, daß unter den zu ersetzenden Vermögensnachteil sowohl die Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit als auch die Vermehrung der Bedürfnisse als solche fällt. Beide Fälle werden hiernach gleichmäßig behandelt; es wird vom Gesetz nicht der Unterschied gemacht, daß der Schadensersatzanspruch zwar hinsichtlich der Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit mit dem schädigenden Ereignis, hinsichtlich der Vermehrung der Bedürfnisse erst mit der Befriedigung der Bedürfnisse entsteht. Das steht auch im Einklang mit § 843 BGB., wenn dort auch das Wort „Vermögensnachteil" nicht erwähnt, sondern die Fassung gewählt ist: Wird ... die Erwerbsfähigkeit des Verletzten aufgehoben oder gemindert oder tritt eine Vermehrung seiner Bedürfnisse ein, so ist dem Verletzten durch Entrichtung einer Geldrente Schadensersatz zu leisten. Die Besonderheit der Regelung des hier erörterten Stoffes im BGB. besteht nur darin, daß der Anspruch auf Erstattung der Heilungskosten aus § 249 BGB. folgt. § 842 erweitert nur die aus jener Vorschrift folgende Schadensersatzpflicht (RGZ. 141, 169 [172] = JW. 1933, 2118 [4] [Lechner]).

Aus der Entstehungsgeschichte des § 843 BGB. kann für die Richtigkeit der hier vertretenen Auffassung noch auf folgendes hingewiesen werden:

In dem Entwurf zum BGB. war seinerzeit in Abs. 1 Satz 1 des damaligen § 726 vorgesehen (vgl. Motive II, 793), daß der Täter für verpflichtet erklärt wurde, die Kosten der Heilung vorzuschießen. Es wurde zur Begründung angeführt, die Angemessenheit dieser Bestimmung leuchte ein im Hinblick auf die nicht seltenen Fälle, in welchen der Verletzte ohne solchen Vorschuß die zu seiner Wiederherstellung erforderlichen Maßnahmen nicht zu treffen vermöge. Es wurde damals übrigens auch noch auf § 3 RHaftpflG. verwiesen. Jene Vorschrift über die Verpflichtung zur Vorschußleistung wurde nicht Gesetz. In den Protokollen der Kommission für die zweite Lesung Bd. 2, S. 628, 629 heißt es darüber:

Ein eigentlicher Vorschuß komme nicht in Frage; der Schaden, welcher die Aufwendung notwendig mache, sei bereits entstanden und der Verletzte solle dafür entschädigt werden, daß er die Aufwendung machen müsse, nicht dafür, daß er sie gemacht habe. Daß er den Anspruch auf die Heilungskosten nicht erst dann erheben könne, wenn er die Kosten bezahlt habe oder wenigstens schuldig geworden sei, ergebe sich aus der nunmehrigen Fassung des — damaligen — § 219 Abs. 1, wo (wie jetzt im § 249 Satz 2) von dem „dazu erforderlichen Geldbetrage" die Rede sei ...

Mit Recht sagt auch Staudinger, Erläut. zu § 843 Bem. 11, aus § 249 Satz 2 ergebe sich, daß der Verletzte den Anspruch auf die Heilungskosten nicht erst dann erheben könne, wenn er die Kosten bezahlt habe oder wenigstens schuldig geworden sei. Für die Behandlung der Frage der vermehrten Bedürfnisse kann nichts anderes gelten. Die Rev. betont zwar einerseits die Übereinstimmung der Vorschriften des BGB. und des RHaftpflG.; andererseits will sie einen Unterschied aus der Vorschrift des § 7 Abs. 2 RHaftpflG. herleiten. Danach finden die Vorschr. des § 843 Abs. 2 bis 4 BGB. entsprechende Anwendung. Die Rev. zieht hieraus den Schluß, daß § 843 Abs. 1 nicht entsprechend anzuwenden sei. Das ist richtig, beweist aber für die hier zu entscheidende Frage nichts. Die Vorschriften in den Abs. 2 bis 4 des § 843 betreffen wesentlich Ausführungsvorschriften zu Abs. 1. Der Inhalt dieses Absatzes regelt aber den Umfang der grundlegenden sachlich-rechtlichen Verpflichtung selbst, die in § 7 Abs. 1 RHaftpflG. infolge der anderweitigen Stoffanordnung dieses Gesetzes eine andere Fassung erhalten hat als § 843 Abs. 1 BGB. Für die Auffassung der Rev. ist damit nichts gewonnen.

Die Rev. beruft sich ferner auf die Ausführungen von Wussow in der angeführten Zeitschrift. Sie gehen in ihrem wesentlichen positiven Teil dahin: Die Nichtbefriedigung vor der Urteilsfällung erwachsener vermehrter Bedürfnisse müsse zwangsläufig zu einer Schädigung des Heilverfahrens bei dem Verletzten führen; dann müßten z. Z. der Urteilsfällung schwerere Unfallfolgen vorhanden sein, als sie bei Befriedigung der erhöhten Bedürfnisse mutmaßlich eingetreten wären. Der Schädiger müsse dann für diese schwereren Unfallfolgen aufkommen, könne aber nicht außerdem noch die Rente für vermehrte Bedürfnisse in der Vergangenheit zahlen. Für die Ermittlung des rechtlichen Aufbaues des Gesetzes ergeben diese tatsächlichen Erwägungen nichts. Sie sind aber auch nicht zwingend. Die Nichtbefriedigung der Bedürfnisse bis zum Urteil braucht keineswegs eine solche Veränderung des Zustandes des Verletzten herbeizuführen, daß die dem Schädiger obliegende Schadensersatzleistung dadurch erhöht wird; sie kann sich bei der Mannigfaltigkeit der in Betracht kommenden Umstände auch in anderer, für den Verletzten ungünstiger Weise auswirken, und zwar auch ohne daß man sagen kann, nunmehr stelle sich heraus, daß ein

Bedürfnis nicht vorgelegen habe. Hat aber die Nichtbefriedigung des Bedürfnisses eine Erhöhung der Verpflichtung des Schädigers zur Folge, so wird das eine Folge seines Verzuges sein, und er wird sich die Erhöhung dann selbst zuzuschreiben haben.

Die Auffassung der Rev. führt aber auch zu einem Ergebnis, das vom Standpunkt einer geordneten Rechtspflege aus nicht erträglich ist. Es kann nicht Rechtens sein, daß der Schuldner in der Lage sein soll, sich durch Hinausschiebung der Erfüllung eines im Gesetz begründeten Anspruchs von seiner Verpflichtung vollkommen zu befreien. Daß das gerade in Verhältnissen der hier in Rede stehenden Art nicht der Absicht des Gesetzgebers entspricht, ist aus dem in § 1613 BGB. ausgedrückten Rechtsgedanken zu entnehmen, worauf bereits in der Entsch. in RGZ. 148, 68 verwiesen ist. Von dem Standpunkt der Rev. aus könnte auch insoweit gesagt werden, der Umstand, daß der Verletzte in der Zeit bis zum Urteil gelebt habe, wiewohl der Unterhaltungsanspruch nicht erfüllt sei, ergebe, daß sich die Unterhaltsgewährung für die Vergangenheit erübrige. Das will aber das Gesetz nicht; es berücksichtigt die vielgestaltigen Lebensverhältnisse insbes. nach der Richtung, daß der Unterhaltsberechtigte sich vielfach nur in unzulänglicher Weise die zum Unterhalt erforderlichen Mittel anderweitig wird beschaffen können, daß dieser Umstand aber nicht den endgültigen, dem Gesetz entsprechenden Ausgleich hindern soll. Das gleiche gilt für die Befriedigung vermehrter Bedürfnisse. Der Standpunkt der Rev. würde aber auch zu einer unmöglichen Gestaltung des Rechtsstreits führen, wenn dem Gläubiger für den letzten Verhandlungstermin der Nachweis auferlegt werden würde, daß gerade bis zu diesem Zeitpunkt die vermehrten Bedürfnisse bereits wirklich befriedigt worden seien.

(U. v. 11. Juni 1936; VI 432/35. — Berlin.) [v. B.]
<= RGZ. 151, 298.>

*

3. §§ 149, 152 VVG. Unter der Tatsache, für die der Versicherungsnehmer verantwortlich ist, kann nur das Schadensereignis, nicht die Geltendmachung eines Haftpflichtanspruchs gegen den Versicherungsnehmer verstanden werden.

Es ist, was die Zeit anlangt, unerheblich, wann der Versicherungsnehmer wegen eines Haftpflichtfalles in Anspruch genommen wird, maßgeblich ist vielmehr, ob das Schadensereignis in die Versicherungszeit fällt.

Der Kl. war mit seinem Kraftwagen für die Zeit vom 22. April 1933 bis ebendahin 1934 bei der Bekl. versichert, und zwar u. a. gegen Haftpflicht. Am 12. Juni 1933 machte der Autowerkstättenbesitzer K., der den Wagen ausgebessert hatte, mit diesem eine Probefahrt und verletzte dabei den X. Der Kl. hat der Bekl. sofort den Unfall mitgeteilt. Im Juni 1935 verklagte der Verletzte den Kl. und K. auf Schadensersatz wegen des Unfalls. Der Kl. hat die Klageschrift und das Armenrechtsgesuch der Bekl. übersandt. Da sie Versicherungsschutz abgelehnt hat, klagt der Kl. mit dem Antrage, die Bekl. zu verurteilen, ihn von allen Schäden und Nachteilen an Hauptsumme, Zinsen und Kosten freizustellen, für die er nach dem Rechtsstreit dem X. aufzukommen habe. Die Bekl. hält den Anspruch für unbegründet, weil X. erst nach dem 22. April 1934 Schadensersatz gefordert habe, also der Versicherungsfall erst nach Ablauf des Versicherungsvertrages eingetreten sei.

Alle drei Instanzen haben verurteilt.

In der Haftpflichtversicherung tritt der Versicherungsfall mit der Geltendmachung eines Haftpflichtanspruches gegen den Versicherungsnehmer ein. Das RG. hat dies ohne jede Beschränkung auf bestimmte Fälle in ständiger Rspr. angenommen (JW. 1927, 173 = RGZ. 114, 117; JW. 1932, 2514[3] [mit Anm.] = RGZ. 136, 370; JW. 1934, 1721[6] [mit Anm.] = RGZ. 144, 163; JW. 1936, 1360[5] [mit Anm.] = RGZ. 150, 48; JW. 1936, 1834[10] = RGZ. 150, 227; RGUrt. v. 25. Nov. 1932, VII 289/32: JW. 1933, 761 [mit Anm.] = JurRdschPrVers. 1933, 5 Nr. 2; RGUrt. v. 13. Juni 1933, VII 9/33: JurRdschPrVers. 1933, 202 Nr. 1; RGUrt. v. 27. April 1934, VII 338/33: WarnRspr. 1934 Nr. 160). Von dieser Rspr. abzuweichen, bietet der vorl. Fall keinen Anlaß. Daß das Schadensereignis, d. h. der Umstand, der den unter den Versicherungsschutz fallenden Haftpflichtanspruch begründet, von erheblichster Bedeutung für den Inhalt des Versicherungsanspruchs ist, bedarf keiner weiteren Ausführung; das ist auch vom RG. in keiner der Entscheidungen in Abrede gestellt worden. Schadensereignis und Inanspruchnahme des Versicherungsnehmers wegen des Schadens fallen aber regelmäßig zeitlich nicht zusammen. Es bedarf deshalb einer Bestimmung darüber, welcher Vorgang in die Zeit der Versicherung fallen muß, um die Verpflichtung zur Gewährung von Versicherungsschutz zu begründen. Diese Bestimmung ist in § 149 VVG. enthalten. Danach hat der Versicherer dem Versicherungsnehmer die Leistung zu ersetzen, die dieser an einen Dritten zu bewirken hat: auf Grund seiner Verantwortlichkeit für eine während der Versicherungszeit eintretende Tatsache. Unter der Tatsache, für die der Versicherungsnehmer verantwortlich ist, kann aber nur das Schadensereignis, nicht die Geltendmachung eines Haftpflichtanspruchs gegen den Versicherungsnehmer verstanden werden. Dies wird bestätigt durch § 152 VVG., wo mit dem gleichen Wortlaut, nämlich dem Ausdruck: Tatsache, für die er, d. i. der Versicherungsnehmer, dem Dritten verantwortlich ist, ebenfalls nur das Schadensereignis gemeint sein kann, denn § 152 will nicht im Falle widerrechtlichen Hervorrufens einer Inanspruchnahme des Versicherungsnehmers wegen eines Haftpflichtanspruches, sondern im Falle widerrechtlicher Herbeiführung des Schadensereignisses die Haftung des Versicherers ausschließen. Danach ist es, was die Zeit anlangt, unerheblich, wann der Versicherungsnehmer wegen eines Haftpflichtfalles in Anspruch genommen wird; maßgeblich ist vielmehr, ob das Schadensereignis in die Versicherungszeit fällt. Der Versicherer haftet nicht, wenn das Schadensereignis vor Beginn der Versicherungszeit eingetreten ist und der Versicherungsnehmer nach deren Beginn in Anspruch genommen wird; entsprechend muß er aber haften, wenn das Schadensereignis in die Versicherungszeit fällt, der Haftpflichtanspruch gegen den Versicherungsnehmer aber erst nach deren Ablauf geltend gemacht wird. Die Regelung des Gesetzes entspricht also in vollem Maße den Anforderungen von Treu und Glauben.

Allerdings enthält § 149 VVG. nachgiebiges Recht. Die hier in Betracht kommenden AllgVersBed. weisen aber keine davon abweichende Bestimmung auf. Falls etwa die Bedingungen die grundlegende Vorschrift des § 149 VVG. abzuändern beabsichtigen, so hätten sie dies mit voller Deutlichkeit aussprechen müssen. Das ist nicht geschehen.

Danach tritt auch im vorl. Fall der Versicherungsschutz für den Versicherungsnehmer in der Haftpflichtversicherung ein, weil das Schadensereignis in die Versicherungszeit gefallen ist. Ungebührliche Verspätungen werden infolge der Verjährungsvorschriften bezüglich des Haftpflichtanspruchs (§ 852 BGB., § 14 KraftfG.) selten sein. In gewissen Grenzen könnten auch die VersBed. Ausschlußfristen bestimmen. Solche sind aber hier nicht gesetzt, also bleibt es bei der Regelung des Gesetzes.

(U. v. 17. Juli 1936; VII 70/36. — Düsseldorf.) [Hn.]

*

4. § 17 AllgFeuerVersBed.; § 242 BGB. Der Versicherer kann sich wegen einer bei der Schadensermittlung begangenen arglistigen Täuschung nicht auf die Verwirkung sämtlicher Ansprüche berufen, wenn dies wegen besonderer Umstände im Einzelfall unter Berücksichtigung von Treu und Glauben dem gesunden Volksempfinden widersprechen würde.†)

Der Sen. hat sich zuletzt in seinem Urt. (JW. 1936, 1758[2] = RGZ. 150, 147) mit der Frage befaßt, ob arglistige Täuschung auch dann anzunehmen sei, wenn der Versicherungsnehmer bei der Schadensermittlung wissentlich unwahre Angaben gemacht hat in der Absicht, den Versicherer zu täuschen, ohne damit einen unberechtigten Vermögensvorteil zu erstreben. Der Sen. hat die Frage bejaht und damit

die Lücke geschlossen, die in früheren Urt. (vgl. das Urt. des Sen. [JW. 1935, 689[1] = RGZ. 146, 221] und die dort angeführten Urt.) offengelassen worden war. Er hat in dem Urt. JW. 1936, 1758[2] nur gefordert, daß die vom Versicherungsnehmer bewußt gemachten falschen Angaben für die Stellungnahme des Versicherers bei der Schadensermittlung von Bedeutung sein können. Aber die arglistige Täuschung entfalle nicht um deswillen, weil sie nur erfolge, um Schwierigkeiten zu beseitigen, die dem Versicherungsnehmer bei der Durchsetzung berechtigter Ansprüche entstehen, ebensowenig natürlich, wenn sie nur erfolge, um den Versicherungsnehmer beschleunigt in den Besitz der ihm zustehenden Entschädigungssumme zu bringen. Diesen Erwägungen des Sen. ist nichts hinzuzufügen. Es kommt also nicht darauf an, ob der Versicherungsnehmer bewußt unwahre Angaben zu dem Zwecke macht, dadurch eine Entschädigung zu erlangen, die er nach seiner Annahme bei Angabe der Wahrheit nicht erlangen würde (vgl. das Urt. JW. 1935, 689[1]). Es würde dem Kl. also insoweit auch nichts nützen, wenn eine erneute tatsächliche Prüfung ergeben würde, daß er hauptsächlich um deswillen falsche Angaben gemacht hätte, weil er befürchtet habe, bei richtiger Sachdarstellung mit seinen berechtigten Ansprüchen nicht durchzudringen, wenn es ihm also weniger um die Beschleunigung als um die Verteidigung seiner berechtigten Ansprüche zu tun gewesen wäre. Denn gerade auch für diesen Fall treffen die vom Sen. in dem Urt. JW. 1936, 1758[2] angestellten Erwägungen zu.

Der erk. Sen. hat bereits in dem letzterwähnten Urt. unter Einschränkung seiner bisherigen Rspr. (Urt. v. 8. Dez. 1916, VII 206/16, abgedruckt in Veröffentlichungen des Reichsaufsichtsamts für Privatversicherung 1917 Anh. S. 25 Nr. 983; JW. 1929, 2705 = RGZ. 124, 343) ausgesprochen, die allzu starre Durchführung der Verwirkungsklausel wegen arglistiger Täuschung könne unter gewissen Voraussetzungen zu Unbilligkeiten führen. Solche Voraussetzungen erachtete der Sen. z. B. dann als gegeben, wenn sich die wissentlich unwahren Angaben des Versicherungsnehmers auf besonders geringe Werte bezogen, ferner wenn der Versicherungsnehmer bei dem durch diese Angaben eintretenden Verlust der gesamten Entschädigungsansprüche seine ganze Daseinsmöglichkeit verlieren würde. Das könne insbes. dann, wenn die unrichtigen Angaben bis zu einem gewissen Grade entschuldbar seien, unter der gebotenen Berücksichtigung von Treu und Glauben dem gesunden Volksempfinden widersprechen. Nun sind hier allerdings bisher keine Feststellungen getroffen, welche gerade diese Voraussetzungen für gegeben erachten ließen, und in der RevBegr. sind auch keine Rügen erhoben, nach denen solche Behauptungen übergangen wären. Beides ist schon um deswillen erklärlich, weil jene Grundsätze erst durch das erwähnte Urt. des Sen. (JW. 1936, 1758[2]) ausgesprochen worden sind. Aber den Feststellungen des BG. ist doch eine Anzahl von Umständen zu entnehmen, die sich sehr wohl den Voraussetzungen an die Seite stellen lassen, unter denen der Sen. in jenem Urt. die Anwendung des § 242 BGB. gegenüber der Verwirkungsklausel für geboten hielt.

Auszugehen ist zunächst davon, daß der Schaden des Kl. hinsichtlich des Warenlagers, an dessen Einkaufswert gemessen, 30 000 *RM* betrug, während sich die Versicherungssumme nur auf 26 200 *RM* belief. Die Arglist des Kl., der einen höheren Schaden angibt; nur um die ihm nicht etwa bloß nach seiner Meinung, sondern tatsächlich ohnehin zustehende Versicherungssumme sicherer und eher zu erlangen, befindet sich immerhin in bemerkenswertem Abstande von derjenigen eines Versicherungsnehmers, der sich einen unberechtigten Vermögensvorteil zu verschaffen sucht. Insofern können unrichtige Angaben zwar gewiß nicht entschuldigt, aber doch in einem milderen Lichte betrachtet werden. Dazu kommt, daß sich die Verpflichtung der Bekl. durch überhöhte Schadensangaben des Kl. bei Anwendung des § 56 VVG. und des § 4 Ziff. 1 Abs. 2 S. 2 AllgVersBed. der Bekl. immer mehr verringern mußte. Die entgegenstehende, in der Verhandlung vor dem RevG. von der Revisionsbeantwortung vertretene Auffassung ist unhaltbar. Mag der Kl. dies auch nicht in Berechnung gezogen haben, so ist der Umstand doch objektiv geeignet, die Gefährlichkeit seines Täuschungsversuchs bei der besonderen Artung der hier vorliegenden Verhältnisse erheblich herabzumindern. Weiter sind die Vorschriften des § 94 Abs. 2 VVG. ins Auge zu fassen. Von der Verwirkungsklausel des § 15 AllgVersBed. abgesehen, stand dem Kl. nach den Feststellungen des BG. bzw. nach der Unterstellung, von der auszugehen ist, der Anspruch auf Auszahlung der Entschädigung für das Warenlager in Höhe von 26 200 *RM* nach der wahren Sach- und Rechtslage als fällig zu; denn das BG. nimmt an, daß dieser Schaden die Höhe der Versicherungssumme tatsächlich erreichte. Dann kann aber nicht zuungunsten des Kl. davon ausgegangen werden, daß er selbst die Voraussetzungen des § 94 Abs. 2 VVG. nicht für gegeben habe erachten dürfen. Endlich sind die besonderen Schwierigkeiten, die für den Kl. mit der von ihm geforderten Schadensaufstellung nach den Feststellungen des BG. verbunden waren, zu berücksichtigen. Danach hatte er der Unterstützung seiner Ehefrau und seines Sohnes bedurft, um in mehrtägiger Arbeit ein Verzeichnis des Brandschadens aus dem Gedächtnis herzustellen; die ungewöhnlichen Abweichungen des Ergebnisses der verschiedenen Schätzungen der Sachverständigen sind immerhin auch als Anhaltspunkte dafür zu bewerten, daß eine solche Aufstellung über den Lagerbestand eines (wenn auch an sich nicht sehr bedeutenden) Warenhauses aus dem Gedächtnis von vornherein außergewöhnlich starke Elemente der Unsicherheit barg, die zu übersetzten Angaben leichter verleiten konnten, als dies bei einer für den Versicherungsnehmer klaren wirklichen Sachlage der Fall sein kann. Endlich ist auf Grund einer aus § 286 ZPO. erhobenen Revisionsrüge, welcher der Erfolg nicht versagt werden kann, für die RevInst. zu unterstellen und in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen, daß nach der Aussage des Sohnes des Kl. die gesamte Aufstellung unter sehr ungünstigen Verhältnissen gemacht werden mußte. Angaben hätten — so gibt der Zeuge an — nur dadurch gemacht werden können, daß durch ständige Befragung das beeinträchtigte Gedächtnis des Kl. angeregt worden sei. Der Vertreter der Bekl. sei darauf hingewiesen worden, daß es unmöglich sei, alles bis ins Einzelne aufzuführen. Er habe trotzdem eine Einzelaufstellung verlangt und insbes. die Angabe der Mengen in abgerundeten Ziffern als ungenügend bezeichnet.

Es hängt also ganz von den hier erwähnten und gegebenenfalls noch weiteren sorgfältig zu erörternden Umständen ab, ob die Rücksicht auf Treu und Glauben gebietet, daß die Entschädigungssumme ganz oder teilweise an den Kl. gezahlt wird. Voraussetzung für die Anwendung solcher Grundsätze bleibt natürlich, daß auch nach der erneuten mündlichen Verhandlung einwandfrei festgestellt werden kann, daß sich der Kl. einer arglistigen Täuschung schuldig gemacht hat.

Das BG. hat aus den von ihm getroffenen Feststellungen nicht nur die rechtliche Folgerung gezogen, daß der Kl. keine weiteren Zahlungen auf Grund des Versicherungsvertrages mehr zu beanspruchen und die auf das Warenlager bereits bewirkte Zahlung von 3185,20 *RM* zurückzugewähren habe; es hat auch das Recht des Kl. auf Ersatz des nicht das Warenlager betreffenden Brandschadens für verwirkt und ihn aus dem Rechtsgrunde der ungerechtfertigten Bereicherung für schuldig erklärt, die von der Bekl. mit der Widerklage weiter geforderten Zahlungen zurückzugewähren. Wie in dem mehrfach erwähnten Urt. des Sen. (JW. 1936, 1758[2]) weiter ausgeführt ist, sind die Grundsätze über Treu und Glauben im Verkehr auch für die Entsch. der Frage maßgebend, ob die Bekl., weil nur e i n Versicherungsvertrag für verschiedene unter sich mehr oder weniger selbständige Gruppen versicherter Gegenstände abgeschlossen worden ist, durch die falschen Angaben des Kl., die nur eine dieser Gruppen betreffen, wegen der Entschädigung in ihrer Gesamtheit frei wird oder nur wegen desjenigen Teiles der Entschädigung, der auf jene Gruppe entfallen würde. Denn auch wenn in e i n e m Vertrage die Versicherung ganz verschiedener Gegenstände zusammengefaßt sei, brauche die arglistige Täuschung, die sich nur auf einen Teil der versicherten Gegenstände erstrecke, nicht ohne weiteres den Verlust der gesamten Entschädigung zur Folge

zu haben. Ob bewußt falsche Angaben bei der Schadensermittlung hinsichtlich der einen Gruppe auch zum Verlust des Anspruchs für eine andere Gruppe — insbes. hinsichtlich der Gebäudeversicherung — führen müßten, könne nur für den einzelnen Fall unter Berücksichtigung der Grundsätze von Treu und Glauben entschieden werden.

Nach diesen Grundsätzen (§ 242 BGB.) wird das BG. seine Entsch. zur Widerklage dann zu treffen haben, wenn es wiederum zur Feststellung einer arglistigen Täuschung von seiten des Kl. hinsichtlich der Warenbestände kommen und soweit es nicht unter Berücksichtigung von Treu und Glauben zu dem Ergebnis gelangen wird, daß sich die Bekl. auf die Verwirkungsklausel wegen der besonderen Umstände und Art der Täuschung nicht berufen darf.

Es wird hier zu unterscheiden sein zwischen dem Teile der mit der Widerklage begehrten Summe, der sich auf den Ersatz der für das Warenlager bereits gezahlten Entschädigung, und zwischen dem Teile, der sich auf die für Mobiliar und Inventar bezahlte Entschädigung bezieht. Der erstere Teil scheidet für d i e s e Erwägung aus. Was den letzteren anbetrifft, so ist nicht zu verkennen, daß die Verschiedenheit und Selbständigkeit der Gruppen Mobiliar und Inventar gegenüber der Gruppe Warenlager nicht so stark ist wie diejenige zwischen Gebäudeversicherung und Warenlagerversicherung; der wirtschaftlichen Selbständigkeit der Gebäudeversicherung gegenüber den übrigen Gruppen, welche die Fahrnis betreffen, hat die Bekl. ja selbst schon durch Einschränkung ihres Widerklageantrags Rechnung getragen. Trotzdem werden unbedenklich die im Urt. (JW. 1936, 1758[2]) kundgegebenen Anschauungen grundsätzlich Anwendung finden können. Denn mag sich auch ein Teil des auf die Fahrnisversicherung ausbezahlten Entschädigungsbetrages auf Geschäftsinventar beziehen und deshalb in engerer Verbindung mit der das Warenlager selbst betreffenden Versicherung stehen, so sind doch die wirtschaftlichen und rechtlichen Unterschiede zwischen der Versicherung eines immerhin erheblichen, ständig wechselnden und sich erneuernden Warenlagers und derjenigen bestimmter Inventargegenstände erheblich genug, um auch hier die Anwendung der in dem erwähnten Urt. des Sen. ausgesprochenen Grundsätze zu rechtfertigen. Der BerR. wird also auch insoweit nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung aller einschlägigen Umstände zu prüfen haben, ob bewußt falsche Angaben hinsichtlich der Versicherung des Warenlagers zur Folge haben müssen, daß der Kl. auch des Anspruchs auf Versicherungsschutz hinsichtlich der anderen Gruppen versicherter Gegenstände ganz oder teilweise verlustig gehen muß (vgl. auch die Urt. des erk. Sen. v. 30. Juni 1933, VII 102/33 = LZ. 1933, 1192 und v. 9. Febr. 1934, VII 297/33).

Unabhängig von diesen rechtlichen Gesichtspunkten wird aber zur Widerklage, soweit sie sich nicht auf die Rückforderung der ausdrücklich unter Vorbehalt als Entschädigung für Warenlagerschaden bezahlten Summe von 3185,20 RM bezieht, zu beachten sein, was die Rev. gegen die Annahme ungerechtfertigter Bereicherung auf seiten des Kl. anführt. Sie verweist auf das Urt. des 1. ZivSen.: RGZ. 97, 140, woselbst in einem Falle, der eine Seeversicherung betraf, grundsätzliche Ausführungen darüber gemacht sind, worauf es für ein Rückforderungsrecht wegen bereits gezahlter Beträge ankommt, und wo ausgeführt ist, daß es verfehlt wäre, schlechthin die Bereicherungsgrundsätze anzuwenden, ohne die näheren Umstände der Zahlung zu erforschen. Hierzu verweist die Rev. auch auf Ausführungen P i e tz c k e r s: JW. 1920, 486 ff., der sich mit diesen Fragen noch allgemeiner befaßt. Das BG. wird, soweit es hierauf noch ankommen sollte, Anlaß nehmen müssen, die Bedeutung der von der Bekl. auf die Fahrnisversicherung (abgesehen von dem Warenlager) bereits geleisteten Zahlungen auch unter diesen rechtlichen Gesichtspunkten zu beurteilen.

(U. v. 3. Juli 1936; VII 287/35. — Hamm.) [Tr.]

Anmerkung: Das Urt. — auch abgedruckt in JurRdschPrVers. 1936, 263 = DÖffV. (Prax.) 1936, 401 — befestigt die mit RGZ. 150, 147 = JW. 1936, 1758[2] = JurRdschPrVers. 1936, 86 = VAufsAPrVers. 1936 Nr. 2884 begonnene, mit RG.: JurRdschPrVers. 1936, 216 = DÖffV. (Prax.) 1936, 191 fortgeführte neue Rspr. zu § 17 AllgFeuerVersBed.

I. Bis zu RGZ. 150, 147 legte das RG. § 17 AllgFeuerVersBed. dahin aus, daß „das die Ermittlung des Brandschadens gefährdende arglistige Verhalten ... nach der mit der Vertragsbestimmung verfolgten Absicht die Verwirkung des gesamten Entschädigungsanspruches nach sich ziehen“ solle (vgl. RGZ. 124, 343 = JW. 1929, 2705[2] = VAufsAPrVers. 1929 Nr. 2012; RG.: VAufsAPrVers. 1917 Nr. 983; JurRdschPrVers. 1927, 311 = VAufsAPrVers. 1928 Nr. 1816). „An dieser Auffassung ist um so mehr festzuhalten“, sagt nach RGZ. 124, 345, „als sie dem vom RG. häufig betonten Grundsatz entspricht, daß bei Versicherungen das Vertragsverhältnis in besonderem Maße auf der Wahrung von Treu und Glauben aufgebaut ist.“

Mit RGZ. 150, 147 ist eine Wendung in der Rspr. des RG. eingetreten, wie ich sie schon in meinem Kommentar (Anm. 1 zu § 17 AllgFeuerVersBed.) vorausgesagt habe. Allerdings hatte ich erwartet, daß das RG. fortan arglistige Täuschung nur noch annehmen würde, wenn der Versicherungsnehmer einen unberechtigten Vermögensvorteil erstrebte; d i e s e (in der jüngeren Rspr. wiederholt und betont offen gelassene [vgl. P r ö l ß a. a. O.]) Frage ist indessen durch RGZ. 150, 147 und die vorliegende Entsch. nun dahin geklärt, daß der Versicherungsnehmer seine Ansprüche auch dann verwirkt, wenn er sich keinen unberechtigten Vermögensvorteil verschaffen will, sondern z. B. nur seine begründeten Ansprüche leichter durchzusetzen hofft. Die Rspr. hat sich in einem anderen Punkt geändert: Das RG. läßt jetzt den Einwand zu, der Versicherer verstoße gegen Treu und Glauben, wenn er sich auf die Verwirkungsklausel berufe. Damit ist das starre Alles- oder Nichtsprinzip des deutschen Rechts für manche Fälle aufgegeben worden zugunsten einer rechtspolitisch zu begrüßenden elastischen Regelung, wie sie z. B. in gewissem Umfang das Vertragsrecht der öffentlichen Feuerversicherung und der § 23 des schwedischen VVG. vorsieht, der allerdings, weil abdingbar, Buchstabenrecht geblieben ist.

II. Daß der Grundsatz des § 242 BGB. auch auf die Verwirkungsabrede angewendet werden k a n n, läßt sich nicht in Zweifel ziehen. Mehr als problematisch scheint mir aber zu sein, wann ein solcher Fall anzunehmen ist.

1. Mit RGZ. 150, 147 muß betont werden, daß § 242 BGB. auf die Verwirkungsklausel nur ausnahmsweise angewandt werden darf. Der Fall muß schon ganz besonders liegen, das Prinzip in concreto zu einem kraß unbilligen Ergebnis führen: f ü r d i e „n o r m a l e“ a r g l i s t i g e T ä u s c h u n g m u ß e s b e i d e r V e r w i r k u n g b e w e n d e n, w e n n m a n n i c h t d e n V e r s i c h e r e r u n d d a m i t d i e v e r t r a g s t r e u e n V e r s i c h e r u n g s n e h m e r d e r A r g l i s t p r e i s g e b e n u n d z u e i n e m b e d e n k l i c h e n V e r f a l l d e r V e r s i c h e r u n g s m o r a l b e i t r a g e n w i l l. Als solche besonderen Tatbestandsmomente — man beachte wohl, daß das RG. diese Momente in der oben abgedruckten Entsch. h ä u f t — können nach dem RG. in Betracht kommen a) ob die arglistige Täuschung aus Gewinnsucht begangen ist oder nur, um z. B. die Schadensermittlung zu beschleunigen (die letzte Alternative müßte, da sie die Einrede aus § 242 BGB. begründen soll, vom Versicherungsnehmer nachgewiesen werden), b) ob die Täuschung erheblichen oder nur geringen Umfang hatte (wobei zu beachten ist, daß eine arglistige Täuschung außerordentlich schwer zu beweisen ist; w e n n es einmal gelungen ist, den Versicherungsnehmer zu überführen, daß er über den Wert des einen oder anderen verbrannten Gegenstandes getäuscht hat, so darf man nicht etwa folgern, daß seine Angaben im übrigen korrekt gewesen seien; wahrscheinlich wird er sich nicht damit begnügt haben, nur wegen eines einzigen Gegenstandes zu täuschen, denn sein Verhalten kann nur zu dem erstrebten Erfolg führen, wenn es Methode hat), c) ob die Existenz des Versicherungsnehmers gefährdet ist, wenn er seinen gesamten Anspruch verwirkt, d) ob die Täuschung objektiv unschädlich war — z. B. wegen der Begrenzung der Entschädigung durch die §§ 55, 56 VVG. — oder nicht

(hierbei ist indessen zu betonen, daß die arglistige Täuschung des § 17 AllgFeuerVersBed. ein „Gesinnungsdelikt", kein „Erfolgsdelikt" ist; daher muß auch der fehlgeschlagene Versuch grundsätzlich zur Verwirkung führen).

2. überhaupt unanwendbar ist m. E. der § 242 BGB. da, wo es sich nicht um eine Verwirkung (als vertraglich bedungene Strafe) handelt, sondern um einen Risikoausschluß (wie ihn z. B. nach h. M. § 61 VVG. darstellt), wo das Verhalten des Versicherungsnehmers sich auf den Vertrag oder den Schaden im ganzen bezieht (z. B. bei Tatbeständen, die ein Rücktritts- oder Anfechtungsrecht begründen, oder wenn dem Versicherungsnehmer der Gegenbeweis der §§ 25 III, 28 II 2, 32 Satz 2 VVG. mißlingt), schließlich wo das Gesetz die Anspruchsverwirkung entweder selbst vorschreibt oder wenigstens sanktioniert (z. B. §§ 12 II, 71 I 2 VVG.). Es wäre dagegen in Erwägung zu ziehen, ob nicht der Grundsatz des § 242 BGB. auf die Verletzung von Obliegenheiten nach Eintritt des Versicherungsfalles anzuwenden ist, wie es schon vor RGZ. 150, 147 manche OLG. getan haben, wenn durch den Verstoß die Stellung des Versicherers nicht verschlechtert worden ist (vgl. Prölß, Anm. 9 zu § 33).

III. Noch schwieriger zu lösen als die Frage, wann überhaupt der Grundsatz des § 242 BGB. auf die Verwirkungsklausel angewendet werden kann, ist für die Praxis das Problem, in welchem Umfange solchenfalls der Versicherer verpflichtet bleibt. Nach der früheren Rspr. wußte man, daß alles oder nichts zu leisten war; heute weiß man viel weniger bestimmt, daß in derartigen Fällen der zu zahlende Betrag zwischen beidem liegt.

Daß unter Umständen der Versicherer die Entschädigung unverkürzt zahlen müsse — darin kann ich allerdings dem RG. ebensowenig folgen wie es Fromm (VersPrax. 1936, 73) kann, denn die Leistungsfreiheit wegen arglistiger Täuschung bei der Schadenermittlung folgt, wie das OLG. Köln einmal sehr richtig gesagt hat (VAufsAPrVers. 1934 Nr. 2662), schon aus § 242 BGB. Es entspricht aber nicht gesunder Volksauffassung, denjenigen, der arglistig täuscht und damit seinerseits die Grundsätze von Treu und Glauben verletzt, straffrei zu lassen. Treu und Glauben verlangen m. E. gerade, daß der arglistig Täuschende zumindest durch eine fühlbare Kürzung der Entschädigung für sein Verhalten gestraft werde.

Selbst bei Anwendung des § 242 BGB. kann daher die Entschädigung niemals voll ausgezahlt werden. Nach welchen Grundsätzen allerdings die gekürzte Leistung des Versicherers zu bemessen ist, steht dahin; das RG. gibt kaum einen Fingerzeig. Wenn auch der § 343 BGB. auf die Verwirkungsklausel aus mancherlei Gründen nicht unmittelbar anzuwenden ist (vgl. Staudinger[9], Vorbem. II 2 vor § 339, Anm. 1 zu § 342, Anm. I 1 a zu § 343), so kann doch diese Vorschrift und die dazu ergangene Rspr. einen gewissen Maßstab auch für Fälle der vorliegenden Art abgeben. Es darf daran erinnert werden, daß es kein Grund zur Herabsetzung einer Vertragsstrafe ist, wenn durch die vertragswidrige Handlung überhaupt kein Schaden entstanden ist oder wenn der Schaden hinter der Vertragsstrafe zurückbleibt (vgl. RG.: SeuffArch. 63 Nr. 38; HöchstRRspr. 1932 Nr. 1645). Es erscheint daher auch nicht zulässig, z. B. den Wert des Gegenstandes, dessenwegen die Täuschung begangen worden ist, irgendwie zur Berechnung der Kürzung zu verwenden. Sehr bedeutsam ist auch der Satz, daß jedes berechtigte Interesse des Gläubigers (in diesem Falle: des Versicherers) zu berücksichtigen ist, nicht nur das Vermögensinteresse. Das über den einzelnen Fall hinausgehende berechtigte Interesse des Versicherers besteht darin, daß er sich gegen die ohnehin nicht wenig verbreitete Neigung, bei der Schadenermittlung „aufzurunden", nur schützen kann, wenn in jedem nachweisbaren Fall der Täuschende empfindlich bestraft wird.

Eine Verwirkung „nach Positionen", wie sie das RG. in Erwägung zieht, scheint mir nicht angängig zu sein (nebenbei: es kann keine Rede davon sein, daß Gebäude und Mobiliar üblicherweise durch zwei besondere Verträge versichert würden, wie RGZ. 150, 147 annimmt; eine einheitliche Übung in dieser Frage läßt sich nicht feststellen, nicht einmal bei bestimmten Arten des Feuerversicherungsgeschäfts). Trotz gewisser verbandsrechtlicher Vorschriften haben die Versicherer ziemlich freie Hand, ob und welche Positionen sie bilden wollen — im einfachen Geschäft wird fast nur summarisch versichert —; daher würde der Zufall entscheiden, wieviel der Versicherungsnehmer verwirkt hat, je nachdem ob die Versicherungssumme mehr oder weniger aufgeteilt worden ist. In der industriellen Feuerversicherung werden z. B. die Positionen „Betriebsmaterialien" und „Rohmaterialien, Halb- und Ganzfabrikate" häufig zusammengezogen. Bei einer solchen Zusammenziehung würde der Versicherungsnehmer, der über den Wert der Rohmaterialien getäuscht hat, erheblich mehr einbüßen, als wenn die beiden Positionen getrennt ausgeworfen worden wären — ohne daß zwischen dem Grad der Arglist und dem Umfang der Täuschung einerseits, dem Umfang der Verwirkung auf der anderen Seite in beiden Fällen irgendein innerer Zusammenhang bestände.

In manchen Fällen würde eine Verwirkung nach Positionen sich auch höchst nachteilig für den Versicherungsnehmer erweisen. Sie kann z. B. dazu führen, daß ein Landwirt außerstande ist, aus der (gekürzten) Inventarentschädigung ausreichend neue Maschinen und Geräte anzuschaffen, während er gehalten ist, die (ungekürzte) Gebäudeentschädigung voll zu verbauen. Eine über alle Positionen verteilte Kürzung würde hier dem Grundgedanken der neuen Rspr. viel eher gerecht werden.

Vollends ist eine Verwirkung „nach Positionen" ausgeschlossen, wenn — was häufig vorkommt — gar nicht über einen verbrannten Gegenstand getäuscht, sondern z. B. die Frage des Regulierungsbeamten nach anderen Versicherungsverträgen oder nach Vorschäden falsch beantwortet ist (auch das fällt unter § 17 AllgFeuerVersBed.: RG.: JurRdschPrVers. 1934, 326 = VAufsAPrVers. 1934 Nr. 2693; JurRdschPrVers. 1929, 236 = PraxVersR. 1929, 81).

Man wird abzuwarten haben, ob es der Praxis gelingt, Grundsätze dafür herauszuarbeiten, in welchem Umfange die Entschädigung verwirkt sein soll, wenn nach der besonderen Gestaltung des Einzelfalles nicht der gesamte Anspruch verwirkt sein darf. Vorläufig handelt es sich hier um ungelöste Probleme, zumal da Entscheidungen darüber bisher nicht ergangen sind. Erst wenn solche Entscheidungen vorliegen, wird es möglich sein, sich abschließend über die ganze Frage zu äußern.

RA. Dr. Erich R. Prölß, Hamburg.

*

5. 1. § 5a KraftfG. Für die Aufstellung von Warnungstafeln ist das Maß der Gefährlichkeit entscheidend, nicht der Gesichtspunkt, daß die Örtlichkeit selbst den Kraftfahrer zur größten Vorsicht mahne.

2. § 823 BGB. Die Frage, ob die politischen Gemeinden ihrer Pflicht genügt haben, für die Verkehrssicherheit der Ortsstraßen zu sorgen, ist aus privatrechtlichen Gesichtspunkten zu beantworten.

Kl. kam mit seinem Kraftrad durch eine Seitenstraße, die R.-straße, und wollte im vorgeschriebenen weiten Linksbogen in die zur R.-straße rechtwinklig liegenden Tordurchfahrt des G.-Turms und damit in die Hauptstraße der kleinen Landstadt E. einbiegen. Hierbei stieß er mit dem entgegenkommenden Kraftwagen des Zeugen Pf. zusammen. Kl. erlitt schwere Verletzungen. Er macht erhebliche Schadensersatzforderungen gegen die verklagte Stadtgemeinde geltend mit der Behauptung, Bekl. habe es fahrlässig unterlassen, geeignete Maßnahmen zum Schutz des Verkehrs an der außerordentlich gefährlichen Wegestrecke zu veranlassen. Es sei die Anbringung einer Warnungstafel, die Sperrung der R.-straße als Einbahn und die Aufstellung eines Verkehrsmanns jedenfalls für die Zeit des durch ein SA.-Treffen von annähernd 2000 SA.-Männern in E. gesteigerten Verkehrs geboten gewesen. Bekl. hat bestritten, daß ihr eine Fahrlässigkeit zur Last falle. Kl. habe seinen Unfall selbst verschuldet.

1. Das OLG. ist der Ansicht, auch wenn der Bekl. als

Wegeunterhaltungspflichtigen die Rechtspflicht obgelegen hätte, eine Warnungstafel an der R.-straße anzubringen, so sei doch deren Fehlen für den Unfall nicht ursächlich gewesen. Wenn Kl. infolge des G.-turms seine Fahrtrichtung nach B. nicht habe übersehen können, sei er nach § 18 KraftfVerkVO. von 1932 verpflichtet gewesen, so langsam zu fahren, daß er sein Fahrzeug auf kurze Entfernung zum Stehen bringen konnte. Zu dieser äußersten Vorsicht habe ihn schon die Örtlichkeit gemahnt. Kl. hätte nach Erreichung der Hauptstraße B.—M. durch einen Blick in die Toröffnung sich über die Möglichkeit der Durchfahrt vergewissern müssen. Er hätte dann den entgegenkommenden Wagen bemerkt und dann sofort halten müssen. Ob noch weitere Sicherungsmaßnahmen von der Stadt anzuwenden gewesen seien, stehe im pflichtmäßigen, vom Gericht nicht nachzuprüfenden Ermessen der Behörden. Die Aufstellung eines Verkehrsschutzmanns sei der Bekl. nicht zuzumuten.

Die Rev. hatte Erfolg.

Nach § 5a KraftfG. sind gefährliche Stellen an Wegestrecken, die dem Durchgangsverkehr dienen, von den Landesbehörden durch Warnungstafeln zu kennzeichnen. Das BG. will ersichtlich annehmen, daß es sich um eine gefährliche Wegestrecke handle. Rechtlich unbedenklich ist die Annahme, daß besonders unübersichtliche Wegestrecken unter den Begriff der „gefährlichen" i. S. des Gesetzes fallen. Da das BG. nicht entscheidet, ob die zweite Voraussetzung des § 5a KraftfG. — ein dem Durchgangsverkehr dienender Weg — vorliegt, so ist von dem Vorhandensein einer Durchgangsstraße für die Rev. auszugehen. Die Begründung, mit der das OLG. es ablehnt, daß das Fehlen der Warnungstafel für den Unfall nicht ursächlich gewesen sei, ist nicht frei von Rechtsirrtum. Der Gesichtspunkt, daß die Örtlichkeit selbst den Kraftfahrer zur größten Vorsicht mahne, ist nach Wortlaut und Sinn des § 5a KraftfG. für die Frage, ob Warnungstafeln aufzustellen sind, nicht entscheidend. Es kommt nur auf das Maß der Gefährlichkeit an. Zutreffend ist zwar, daß die Kraftfahrer an schwierigen Wegestellen aufpassen müssen, mag eine Warnungstafel vorhanden sein oder nicht. Fehlsam und mit § 5a KraftfG. unvereinbar ist aber der dem BU. anscheinend zugrunde liegende Gedanke, je unübersichtlicher eine Wegestrecke sei, um so weniger könne eine Warnungstafel von Bedeutung sein. Der Zweck der Warnungstafel ist ja gerade der, den Kraftfahrzeugführer auf die besondere Gefahrenlage aufmerksam zu machen, um ihn in den Stand zu setzen, sich mit seiner Fahrweise darauf einzurichten. Auch, was der Berufungsrichter in tatsächlicher Richtung ausführt, läßt die nötige Klarheit vermissen. Das BG. meint, sobald Kl. die Hauptstraße in Höhe des G.-turms „erreicht hatte", hätte er durch einen Blick in die Toröffnung den entgegenkommenden Wagen bemerken und dann sofort halten müssen. Will das BG. annehmen, daß Kl. auf der Hauptstraße selbst nahe vor dem Torweg anscheinend in Querstellung hätte halten sollen, so wäre die sich aufdrängende Prüfung geboten, ob Kl. nicht so ein Verkehrshindernis gebildet und die Gefahr des Zusammenstoßes erst recht geschaffen hätte. Nicht recht vereinbar mit dieser Darstellung ist die weitere Erwägung im Urteil, Kl. habe mit seiner vorsichtigen Fahrt alles getan, wozu eine Warnungstafel ihn hätte mahnen können; und doch ist der Zusammenstoß geschehen! Jedenfalls hätte das BG. bei Beantwortung der Frage, ob eine an rechter Stelle und mit einem der Ortslage angepaßten Wortlaut angebrachte Warnungstafel die Fahrweise des Kl. hätte beeinflussen können, die außerordentliche Erschwerung des Einblicks in die Fahrbahn nach B. nicht unberücksichtigt lassen dürfen. — Das BG. unterstellt nach dem Zusammenhang der Urteilsbegründung das Vorfahrtsrecht des Kraftwagens des Pf. Das hätte aber nach § 24 KraftfVerkVO. von 1932 der Begründung bedurft.

2. Nach der ständigen Rspr. des RG. ist die Frage, ob die politischen Gemeinden ihrer Pflicht genügt haben, für die Verkehrssicherheit der Ortsstraßen zu sorgen, aus § 823 BGB., also nach privatrechtlichen Gesichtspunkten zu beantworten (RGRKomm. z. BGB. § 823 Erl. 6b). Die vom BG. für die Ausübung des behördlichen Ermessens angezogene Entsch.: JW. 1934, 915[8] betrifft die Ausstellung eines Passes, also einen nicht vergleichbaren Fall. Dasselbe gilt von dem in JW. 1935, 3371 besprochenen Fall, wo es sich um eine Amtspflichtverletzung (§ 839 BGB.) und um die Prüfung der Tragfähigkeit einer Brücke handelt. Auch bei Beurteilung der Verkehrssicherung hat das BG. zu geringe Anforderungen an die Sorgfaltspflicht der Bekl. gestellt. Es kam im wesentlichen in Frage, ob bei vorübergehend gesteigertem Verkehr, wie hier bei dem SA.-Treffen von annähernd 2000 SA.-Männern, die stundenweise Aufstellung einer geeigneten Person zur Regelung des Verkehrs an der G.-turmdurchfahrt zu erfordern war; ferner ob die damit verbundenen mutmaßlich geringen Aufwendungen der Bekl. zur Vermeidung erheblicher Gefahren für die Verkehrsteilnehmer zuzumuten waren. Wird die Rechtspflicht der Bekl., einen Verkehrsmann zu beauftragen, bejaht, so wird mit Rücksicht darauf, daß bei Abfahrt des Kl. der größere Teil der SA.-Männer die Stadt bereits verlassen gehabt habe, zu prüfen sein, ob dieser Mann zurückgezogen werden durfte, bevor der Rückstrom der Ortsfremden beendet war.

(U. v. 29. Juni 1936; VI 99/36. — Bamberg.) [N.]

*

6. §§ 4, 7 BWHG. v. 7. April 1933. Die auf Grund des BWHG., insbes. des § 4, getroffenen Entsch. sind politischer Natur und deshalb ihrem Wesen nach ungeeignet für eine Nachprüfung im ordentlichen Rechtsweg. § 7 BWHG. (Ziff. 9 zu § 7 der 3. DurchfVO. vom 6. Mai 1933) geht als besondere Bestimmung dem allgemeinen Rechtssatz des Art. 131 Abs. 1 Satz 3 WeimVerf. vor.

Gem. § 4 BWHG. v. 7. April 1933 ist der Kl. im Sept. 1933 aus dem seit 1930 bekleideten Amt eines Notars entlassen worden. Er ist nicht arischer Abstammung, aber Frontkämpfer i. S. des § 3 BWHG. Von Okt. 1926 bis Dez. 1928 hat er der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands als Mitglied angehört. Vor der Entlassung war er zu einer Erklärung darüber aufgefordert worden, ob er aktiver Zionist sei und sich in besonderem Maß als Verteidiger linksgerichteter Personen in politischen Prozessen hervorgetan habe. Er hatte darauf sein Bekenntnis zum Zionismus nicht in Abrede gestellt, jedoch bestritten, sich in dem angegebenen Sinn als Verteidiger betätigt zu haben.

Die Entlassungsverfügung nennt die zur Entlassung führenden Gründe nicht. Deren Mitteilung ist dem Kl. auch später deshalb abgeschlagen worden, weil eine gesetzliche Verpflichtung zur Bekanntgabe nicht bestehe. Von dem Sachbearbeiter des JustMin. will der Kl. erfahren haben, es sei über ihn berichtet worden, daß er sich über die nationale Bewegung abfällig geäußert habe. Er bestreitet, eine solche Äußerung getan zu haben.

Der Kl. verlangt Ersatz des ihm durch die Entlassung entstandenen Vermögensschadens, und zwar vorerst in Höhe von 50 *RM* nebst Prozeßzinsen. Er beanstandet das zur Entlassung führende Verfahren und hält die Entlassung auch sachlich für unrechtmäßig.

Die Vorinstanzen haben die Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges abgewiesen.

Die Rev. hält den Rechtsweg für gegeben. Sie bezieht seinen in § 7 BWHG. verordneten Ausschluß nur auf eine den Bestand der Entlassung angreifende Klage. Dagegen erblickt sie in dieser Vorschrift keine Schranke für einen Schadensersatzanspruch, der von dem Tatbestand einer wirksamen Entlassung gerade ausgehe und seinen Rechtsgrund in der Behauptung finde, daß es nur infolge pflichtwidrigen Verhaltens der am Verfahren beteiligten Beamten zur Entlassung gekommen sei. Auch Ziff. 9 zu § 7 der 3. DurchfVO. vom 6. Mai 1933 dient nach Ansicht der Rev. dem angef. Urteil nicht zur Stütze. Diese Vorschrift besagt, daß die von der obersten Reichs- oder Landesbehörde gem. § 7 BWHG. getroffene Entsch. die Gerichte bei allen Streitigkeiten bindet, in denen die Unzulässigkeit der Entlassung ... geltend gemacht wird. Die Rev. bemerkt dazu, diese Vorschrift setze die Zulässigkeit des Rechtsweges für die in ihr gedachten Streitigkeiten geradezu voraus. Sie könne gar nicht anders als da-

hin verstanden werden, daß die Gerichte bei der sachlichen Entsch. solcher Streitigkeiten die gem. § 7 BWHG. getroffene Verfügung als wirksam und endgültig zu betrachten hätten. Eine sachliche Entsch. des Gerichts könne und müsse also unerachtet der Entsch. der obersten Reichs- oder Landesbehörde ergehen; sie dürfe nur nicht in Widerspruch zu jener Entsch. treten. Es hätte keinen Sinn, von Bindung der Gerichte an die Entsch. der Verwaltungsbehörde über die Entlassung zu sprechen, wenn schon das Vorhandensein dieser Entsch. ausschließen solle, daß auch im Rahmen des Art. 131 WeimVerf. ein Streit über die Unzulässigkeit der Entlassung überhaupt vor die ordentlichen Gerichte gebracht werde. Der in Art. 131 Abs. 1 Satz 3 WeimVerf. grundsätzlich eröffnete Rechtsweg werde mithin weder durch § 7 BWHG. noch durch Ziff. 9 zu § 7 der 3. DurchfVO. wieder verschlossen.

Diese Ausführungen der Rev. bleiben im Kreis einer am Begriffsmäßigen haftenden Betrachtungsweise. Dem Sinn der angezogenen Vorschriften werden sie nicht gerecht. Die auf Grund des BWHG., insonderheit seines § 4, getroffenen Entsch. sind politischer Natur und deshalb ihrem Wesen nach ungeeignet für eine Nachprüfung im ordentlichen Rechtsweg. Wenn diese Entsch. „endgültig unter Ausschluß des Rechtsweges“ ergehen und die Gerichte bei allen Streitigkeiten über die Zulässigkeit einer Entlassung an die Entsch. der obersten Reichs- oder Landesbehörde gebunden sind, so heißt das, daß die Gerichte die Entsch. nicht bloß als staatsrechtlich wirksam, sondern auch als mit Recht erlassen zu behandeln haben. Jede Nachprüfung einer solchen Entsch., sei es auf ihren sachlichen Rechtsgrund, sei es auf das dabei beobachtete Verfahren, ist den Gerichten schlechthin verwehrt. Der hier erhobene Klageanspruch hätte nach der ihm gegebenen Begründung zur Voraussetzung, daß die Entschließung des JustMin. durch die angeblich pflichtwidrig abgefaßten Berichte nachgeordneter Dienststellen irgendwie zuungunsten des Kl. beeinflußt worden wäre. Um das feststellen zu können, mußte das Gericht prüfen, welche Erwägungen die Entsch. des Ministers bestimmt haben und hierüber eine Erklärung des Bekl. fordern. Schon dies würde indessen den Eintritt in eine — den Gerichten nicht zustehende — sachliche Nachprüfung der ergangenen Entsch. bedeuten (RGZ. 149, 148 [153] = JW. 1936, 1758²; RArbG. 14, 248 [254]; 15, 1 [5], 337. Vgl. auch v. Harbou-v. d. Hellen: JW. 1936, 490).

Kann aber im Rechtsweg nicht darüber gestritten werden, ob der Kl. zu Recht aus seinem Amt entlassen wurde, so ist Art. 131 Abs. 1 Satz 3 WeimVerf., aus welcher Vorschrift allein der Kl. die Zulässigkeit des Rechtsweges herleitet, ausgeschaltet. Die hier eingreifenden Vorschriften (§ 7 BWHG., Ziff. 9 zu § 7 der 3. DurchfVO.) gehen als besondere Bestimmungen dem allgemeinen Rechtssatz im Art. 131 Abs. 1 Satz 3 WeimVerf. vor.

(U. v. 6. Mai 1936; V 279/35. — Breslau.) [v. B.]

*

7. § 15 BWHG. v. 7. April 1933; 2. DurchfVO. dazu v. 4. Mai 1933 (RGBl. I, 233); § 13 GVG.; § 626 BGB.; § 70 HGB. Das BWHG. i. Verb. m. der 2. DurchfVO. dazu knüpft nicht an bestimmte Tatbestände ohne weiteres das Erlöschen bestehender Dienstverträge. Es gibt nur für bestimmte Fälle dem Dienstberechtigten ein Kündigungsrecht. Dieser muß binnen bestimmter Frist erklären, daß er das Dienstverhältnis auf Grund der ihm durch das BWHG. gegebenen Befugnis dazu löse. Wird nach dem eigenen Parteivorbringen die Entlassung nicht auf die Bestimmungen des BWHG. und der dazu gehörigen DurchfVO., sondern lediglich auf privatrechtliche Gesichtspunkte (§§ 626 BGB., § 70 HGB.) gestützt, so besteht kein Streit über die Entlassung i. S. der Nr. 5 Abs. 5 der 2. DurchfVO. z. BWHG.

Der Kl. ist Nichtarier. Er war zunächst in E. als Arzt tätig. Nach dem Kriege ließ er sich in M. nieder und wurde hier Mitglied, später auch Vorstandsmitglied der Gesellschaft der Ärzte e. V., der Bekl. zu 1. Als örtliche Organisation des Hartmannbundes vertrat sie die Belange ihrer Mitglieder den Krankenkassen gegenüber, wobei eine besondere Krankenkassenkommission als ihr Organ tätig war. Insbes. prüfte diese die kassenärztlichen Rechnungen. Mit der Prüfung der Rechnungen wurde i. J. 1924 der Kl. betraut. Er erhielt dafür von der Bekl. zu 1 eine Vergütung, außerdem auch noch eine monatliche Entschädigung dafür, daß er selbst auf die Ausübung der kassenärztlichen Praxis verzichtete. Durch die 4. NotVO. des RPräs. z. Sicherung von Wirtschaft und Finanzen usw. v. 8. Dez. 1931 (RGBl. I, 699, 718) wurde mit Wirkung v. 1. Jan. 1932 ab das Verhältnis zwischen Krankenkassen und Kassenärzten gesetzlich geordnet. Die Schließung von Gesamtverträgen mit den Krankenkassen wurde örtlichen kassenärztlichen Vereinigungen übertragen, die auch die Erfüllung der den Kassenärzten obliegenden Verpflichtungen zu überwachen hatten. Dementsprechend trat Anfang 1932 in M. eine solche kassenärztliche Vereinigung in Tätigkeit. Zu ihren Aufgaben gehörte die bis dahin von der Bekl. zu 1 durch den Kl. vorgenommene Prüfung der kassenärztlichen Rechnungen. Sie wurde ihm jedoch auch weiterhin belassen. Seine Beziehungen zu der Bekl. zu 1 und zu der Kassenärztlichen Vereinigung M. wurden durch Vertrag v. 23. Dez. 1932 geregelt. Danach übte der Kl. seine bisherige Tätigkeit als Prüfungsarzt der Krankenkassenkommission der Gesellschaft der Ärzte in gleicher Weise auch als Prüfungsarzt der Kassenärztlichen Vereinigung aus. Er erhielt dafür eine monatliche Entschädigung von 1000 RM; in diese Entschädigung war die bisher für den Verzicht auf die Praxis bei den Reichsversicherungsordnungs-Kassen gezahlte Entschädigung eingeschlossen. Der am 1. Nov. 1932 in Kraft getretene Vertrag war von beiden Vertragsparteien mit halbjähriger Frist kündbar; doch konnten die Gesellschaft der Ärzte und die Kassenärztliche Vereinigung nur kündigen, wenn sie infolge einer Änderung der gesetzlichen Bestimmungen nicht mehr mit der Prüfung der Rechnungen betraut waren oder wenn der Kl. dauernd arbeitsunfähig wurde.

Im Zuge der nationalen Umwälzung ernannte der Kommissar des Reiches den Dr. Sch. in M. zum Kommissar für die Bekl. zu 1. Dieser ordnete am 18. März 1933 die sofortige Beurlaubung des Kl. an. Ferner ernannte er zum Geschäftsführer der Bekl. zu 1 den Dr. K. Dieser schrieb am 31. März 1933 an den Kl. folgendes:

„Laut Verfügung Nr. 12 des Staatskommissars für die Badische Ärztekammer usw. wird Ihr Vertrag mit der Gesellschaft der Ärzte in M. mit heutigem Tage vorsorglich, vorbehaltlich späterer Regelung, auf den gesetzlich frühestens zulässigen Termin gekündigt.“

In einem Begleitschreiben teilte Dr. K. dem Kl. noch mit, daß ihm laut Verfügung des Staatskommissars von seinem Gehalt, vorbehaltlich späterer Regelung, monatlich 500 RM ausbezahlt würden. Dieser Maßnahme entsprechend wurde in der Folgezeit verfahren. Der Kl. übte keine Tätigkeit als Prüfungsarzt mehr aus, erhielt aber monatlich 500 RM. Am 8. Febr. 1934 schrieb ihm dann die Bekl. folgendes:

„Wir kommen mit Gegenwärtigem auf unser Schreiben v. 31. März 1933 zurück. Inhaltlich desselben haben wir Ihr Vertragsverhältnis aus einem wichtigen Grunde mit sofortiger Wirkung gekündigt. Diese Kündigung halten wir aufrecht. Auf Grund des in unserem Schreiben zum Ausdruck gebrachten Vorbehalts der künftigen Regelung Ihrer Bezüge haben wir in der Zwischenzeit monatlich 500 RM, und zwar ohne Anerekennung einer Rechtsverpflichtung bezahlt. Obwohl wir hiernach nicht verpflichtet sind, noch weitere Zahlungen zu leisten, wollen wir in Anbetracht der Verhältnisse die bisherigen Bezüge bis zum Ablauf des 31. März dieses Jahres noch weiterhin bezahlen. Weitere Bezüge kommen dann nicht mehr in Betracht. Wir betrachten damit den Vorbehalt unseres Schreibens v. 31. März 1933 hinsichtlich der Regelung Ihrer Bezüge als endgültig erledigt.“

Seit dem 31. März 1934 hat der Kl. von dem Bekl. keine Zahlungen mehr erhalten.

Der Kl. bestreitet die Rechtswirksamkeit der ihm gegenüber ausgesprochenen Kündigung und verlangt mit der Klage Nachzahlung der ihm in den Monaten März 1933 bis März 1934 zu wenig gezahlten je 500 *RM*, insgesamt 6500 *RM*, sowie Zahlung von 1000 *RM* für den Monat April 1934.

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Der Kl. hat Rev. eingelegt. Das RG. hat zurückverwiesen.

Nach Erlaß des BU. ist die ReichsärzteO. v. 13. Dez. 1935 (RGBl. I, 1433) ergangen; sie ist am 1. April 1936 in Kraft getreten (§ 93 Abs. 1). Mit diesem Tage ist der Verband der Ärzte Deutschlands (Hartmannbund) in L. mit seinen Untergliederungen aufgelöst worden; seine und seiner Untergliederungen Rechtsnachfolgerin ist die Kassenärztliche Vereinigung Deutschlands geworden (§ 87 Abs. 1). Die Bekl. zu 1, die Gesellschaft der Ärzte e. V. in M., war eine örtliche Organisation des Hartmannbundes. Sie ist also mit Inkrafttreten der ReichsärzteO. aufgelöst worden. Ihre Rechtsnachfolgerin ist die Kassenärztliche Vereinigung Deutschlands, die Bekl. zu 2, geworden. Nur diese kommt mithin jetzt noch in dem vorl. Rechtsstreit als Bekl. in Betracht.

Das BG. hat festgestellt, daß keiner der in § 3 des Vertrags v. 23. Dez. 1932 vorgesehenen Kündigungsfälle gegeben sei. Die Frage, ob eine Kündigung aus wichtigem Grunde erklärt worden sei und ob ein solcher Grund in der Eigenschaft des Kl. als Nichtarier zu sehen sei, hat es offengelassen. Es hat vielmehr seine Entsch. ausschließlich gestützt auf § 15 BWHG. v. 7. April 1933 (RGBl. I, 175) i. Verb. m. der 2. DurchfVO. dazu v. 4. Mai 1933 (RGBl. I, 233) (unter Berücksichtigung der mehrfachen Änderungen, die diese VO. erfahren hat). Nach seiner Auffassung handelt es sich im vorl. Fall um eine Streitigkeit über die Zulässigkeit einer Kündigung i. S. von Nr. 5 Abs. 5 der 2. DurchfVO., so daß zur Entsch. allein die oberste Reichs- oder Landesbehörde — das würde hier der Reichsarbeitsminister sein — berufen sei. Es hat deshalb die Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs abgewiesen.

Der Kl. macht demgegenüber geltend, daß ein im Verwaltungsweg zu entscheidender Streit über die Anwendung des BWHG. nicht bestehe, da eine hierauf gestützte Kündigung ihm gegenüber nie erklärt worden sei.

Nr. 5 der 2. DurchfVO. (wie die Vorschriften über die Zulässigkeit des Rechtswegs überhaupt) ist von Amts wegen zu beachten und daher in jedem Abschnitt des Verfahrens auch dann anzuwenden, wenn sich keine der Parteien darauf berufen hat. Das ist in RArbG. 14, 130 für die RevInst. ausgesprochen worden, gilt aber ebenso schon für die BerInst. Hier fehlt es aber für die Anwendung des BWHG. an der nötigen tatsächlichen Grundlage.

Das Kündigungsschreiben v. 31. März 1933 liegt vor dem Erlaß des genannten Gesetzes und der 2. DurchfVO. dazu. Das zweite an den Kl. gerichtete Schreiben v. 8. Febr. 1934 erklärt, daß die frühere Kündigung, die aus einem wichtigen Grunde erfolgt sei, aufrechterhalten werde. Es fehlt jede Bezugnahme auf das BWHG., obgleich sich die Frist zu seiner Anwendung gegen den Kl., die spätestens bis zum 31. März 1934 lief (Nr. 5 Abs. 1 der 2. DurchfVO. i. d. Fass. von Nr. VI der 2. Änderungs- und ErgVO. vom 28. Sept. 1933 [RGBl. I, 678]), schon ihrem Ende zuneigte. Und selbst in dem Rechtsstreit haben die Bekl. weder vor dem LG. noch vor dem OLG. das BWHG. zum Gegenstand der Erörterung gemacht. Noch in dem letzten Schriftsatz, den die Bekl. vor der Schlußverhandlung dem BG. eingereicht haben, heißt es: nachdem nunmehr feststehe, daß die Kassenärztliche Vereinigung Deutschlands die Rechtsnachfolgerin der früheren kassenärztlichen Vereinigungen sei, stehe vorzugsweise nur noch die Frage im Vordergrund, ob die Kündigung aus wichtigem Grunde gemäß § 626 BGB. zu Recht bestehe. Das BG. hat also Nr. 5 der 2. DurchfVO. angewandt, ohne dafür in den Erklärungen der Bekl. irgendeine Grundlage zu haben. Daß diese in der Revisionsbeantwortung die Anwendung des BWHG. verteidigt haben, ist, wie keiner weiteren Begründung bedarf, in diesem Zusammenhang ohne Bedeutung.

Dem Kl. ist zuzugeben, daß bei solcher Sachlage eine Streitigkeit darüber, ob eine Kündigung nach dem BWHG. zulässig sei, überhaupt nicht vorliegt. Die Parteien streiten nicht über die Anwendung der öffentlich-rechtlichen Bestimmungen des genannten Gesetzes und der 2. DurchfVO. dazu, sondern nur über die von bürgerlich-rechtlichen Vorschriften, insbes. von § 626 BGB. Dieser Streit unterliegt der Entsch. durch die ordentlichen Gerichte. Für ein Eingreifen der Verwaltungsbehörde ist kein Raum. Daß das BWHG. hier überhaupt nicht in Frage kommen kann, wird durch folgende Überlegung bestätigt: Das Gesetz i. Verb. m. der 2. DurchfVO. knüpft *nicht* etwa an bestimmte Tatbestände (Ungeeignetheit, Eigenschaft als Nichtarier, politische Unzuverlässigkeit) *ohne weiteres* das Erlöschen bestehender Dienstverträge an. Es gibt nur für diese Fälle dem Dienstberechtigten ein Kündigungsrecht. Er muß erklären, daß er das Dienstverhältnis auf Grund der ihm durch das BWHG. gegebenen Befugnis dazu löse. Die Abgabe dieser Erklärung ist, wie bereits erwähnt, an eine bestimmte Frist geknüpft. Wird sie überhaupt nicht abgegeben, so kann das Gesetz und die 2. DurchfVO. dazu weder verfahrensrechtlich noch sachlich-rechtlich Platz greifen. Es bleibt nur durch die ordentlichen Gerichte zu prüfen, ob das Dienstverhältnis nach den allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts wirksam gekündigt worden ist oder nicht.

An diesem Ergebnis wird durch Nr. 5 Abs. 7 der 2. DurchfVO., eine Vorschrift, die das BG. gar nicht erwähnt hat, nichts geändert. Dort heißt es:

„Entlassungen und Kündigungen, die vor dem Inkrafttreten des Gesetzes ausgesprochen worden sind, behalten ihre Rechtswirksamkeit. Für sie gelten die Bestimmungen der Nr. 2 bis 4 entsprechend, wenn die Entlassung auf einen der in Nr. 2 bis 4 bezeichneten Gründe hätte gestützt werden können."

Daß in den hier bezeichneten Fällen nicht bloß die ausdrücklich genannten Nr. 2 bis 4 der 2. DurchfVO., sondern auch Nr. 5 Abs. 5 das., der den Rechtsweg für Streitigkeiten aus dem BWHG. ausschließt, anzuwenden sind, steht in der Rspr. fest (RArbG. 14, 98, 133 u. 251). Indessen setzt auch Abs. 7 a. a. O. voraus, daß die vor dem Erlaß des BWHG. ausgesprochene Kündigung nach seinem Inkrafttreten unter Berufung darauf aufrechterhalten wird. Es bedarf zur Anwendung der Vorschriften dieses Gesetzes einer Erklärung des Kündigungsberechtigten, die innerhalb der für solche Kündigungen überhaupt gesetzten Frist (31. März 1934) abgegeben werden muß. Diese Erklärung macht die ältere Kündigung wirksam, hat also insofern rückwirkende Kraft. Die Notwendigkeit einer solchen nachträglichen Erklärung ergibt sich aus dem schon hervorgehobenen Grundsatz des BWHG.: ein Dienstverhältnis soll nicht kraft Gesetzes, sondern nur durch eine auf das Gesetz gestützte Erklärung des Dienstberechtigten sein Ende erreichen. Dieser Grundgedanke des Gesetzes erheischt auch im Bereich von Nr. 5 Abs. 7 der 2. DurchfVO. Beachtung. Diese Vorschrift ordnet eine „entsprechende" Anwendung der Nr. 2 bis 4 an, fordert also wie diese eine Erklärung des Kündigungsberechtigten und sieht keine unmittelbar kraft Rechtsnorm eintretende Beendigung von Verträgen vor. Nur eine auf das BWHG. gestützte Erklärung kann also auch in den Fällen von Nr. 5 Abs. 7 zu einer Streitigkeit i. S. von Abs. 5 das. führen.

Die vorstehenden Darlegungen stehen im Einklang mit der Rspr. des RArbG., das in der Entsch. RArbG. 14, 248 (252/253) folgendes ausgeführt hat:

„Es kann hiernach eine vor dem Inkrafttreten des BWHG. ausgesprochene Entlassung oder Kündigung auch noch nachträglich auf einen der in den Nr. 2 bis 4 (der 2. DurchfVO.) angeführten Gründe gestützt werden, wenn bereits im Zeitpunkte des Ausspruches der Entlassung oder Kündigung die Voraussetzungen der Nr. 2, 3 oder 4 vorgelegen haben. Geschieht dies, so treten im Anschluß an die bereits vor dem Inkrafttreten des BWHG. ausgesprochene und nach dieser Bestimmung in Wirksamkeit gebliebene Entlassung oder Kündigung diejenigen rechtlichen Folgen ein, wie sie in den Nr. 2 bis 4 für den Fall vorgesehen sind, daß die Entlassung oder Kündigung von vornherein auf eine

dieser Bestimmungen gestützt worden ist. Nach Nr. 5 Abs. 1 der VO. i. d. Fass. der 2. ÄnderungsVO. v. 28. Sept. 1933 (RGBl. I, 786) mußte die Kündigung, d. i. je nach dem in Betracht kommenden Entlassungsgrunde der Nr. 2 bis 4 die befristete oder unbefristete Kündigung, dem Empfangsberechtigten spätestens am 30. Sept. 1933 zugestellt worden sein; der Ausspruch oder die Zustellung der Entlassung oder Kündigung war jedoch auch nach diesem Zeitpunkte noch bis zum 31. März 1934 zulässig, wenn die Prüfung am 30. Sept. 1933 bereits anhängig, aber noch nicht abgeschlossen war. Gleiches muß in entsprechender Anwendung auch für den Fall gelten, daß die bereits vor dem Inkrafttreten des BWHG. ausgesprochene Entlassung oder Kündigung auf die Nr. 2 bis 4 der VO. gestützt wird. Auch hier muß der Ausspruch des Dienstberechtigten bzw. des zur Leistung von Versorgungsbezügen Verpflichteten, daß die früher ausgesprochene Entlassung oder Kündigung nachträglich auf einen der Gründe der Nr. 2 bis 4 gestützt werde, vor dem vorangegebenen Zeitpunkte erfolgt sein ... Durch den Abs. 7 der Nr. 5 war es vielmehr der Bekl. möglich, trotz bereits beendeten Dienstverhältnisses auch nachträglich noch den Entlassungsgrund der Nr. 4 geltend zu machen und damit, soweit noch rechtliche Beziehungen aus dem Dienstverhältnis zum Kl. bestanden, den Eintritt derjenigen Rechtsfolgen herbeizuführen, die eingetreten wären, wenn die Entlassung von vornherein auf die Nr. 4 der 2. DurchfVO. gestützt worden wäre. Dabei kann es keinen Unterschied machen, ob die Entlassung des Kl. auf Grund einer vor dem Inkrafttreten des BWHG. ausgesprochenen befristeten oder unbefristeten Kündigung erfolgt war. Voraussetzung ist nur, daß der die Kündigung nachträglich auf den besonderen Entlassungsgrund stützende Ausspruch innerhalb der zugelassenen Zeitgrenze erfolgt ist. Das ist vorliegend der Fall gewesen."

Außerdem läßt sich aus der Entsch. RArbG. 14, 324 folgendes (S. 330) anführen:

„Wird nach dem eigenen Parteivorbringen die Entlassung nicht auf die öffentlich-rechtliche Bestimmung des BWHG. und der dazugehörigen DurchfVO., sondern lediglich auf den privatrechtlichen Gesichtspunkt des § 626 BGB. (§ 70 HGB.) gestützt, so besteht kein Streit über die Entlassung i. S. der Nr. 5 Abs. 5 der 2. DurchfVO."

Anders als in dem ersten dieser beiden vom RArbG. entschiedenen Fälle haben sich hier die Bekl. nicht nachträglich auf den Kündigungsgrund von Nr. 3 der 2. DurchfVO. — Kündigung von Dienstverträgen, die mit Personen nichtarischer Abstammung als Dienstverpflichteten abgeschlossen sind — berufen. Weshalb sie das nicht getan haben — ob absichtlich oder infolge mangelnder Belehrung durch ihre Berater — entzieht sich der gerichtlichen Nachprüfung. Das BWHG. muß mithin für die rechtliche Beurteilung der Beziehungen der Parteien überhaupt ausscheiden.

Sonach hat das BG. zu Unrecht die Unzulässigkeit des Rechtswegs angenommen. Mit dieser Begründung kann die von ihm ausgesprochene Klageabweisung nicht aufrechterhalten bleiben. Der Prüfung bedarf indessen noch, ob der Dienstvertrag v. 23. Dez. 1932 durch eine Kündigung aus wichtigem Grunde beendigt worden ist.

(U. v. 9. Juni 1936; III 330/35. — Karlsruhe.) [v. B.]
<= RGZ. 151, 336.>

*

8. Preuß. DefektenVO. v. 24. Jan. 1844. Der Defektenbeschluß kann auch gegen den Erben des für den Kassendefekt verantwortlichen Beamten erlassen werden. Es steht den ordentlichen Gerichten nicht zu, über die Zulässigkeit des Defektenverfahrens und des Defektenbeschlusses zu befinden; Gegenstand des sich dem Verwaltungsverfahren anschließenden gerichtlichen Verfahrens ist vielmehr die Entscheidung über das Bestehen des von der Verwaltungsbehörde im Defektenbeschluß festgestellten Ersatzanspruches. †)

Der verstorbene Ehemann der Kl. war Gemeindevorsteher und Gemeindekassenführer der Landgemeinde E. im Kreise H. Der Kreisausschuß des Kreises H. hat, nachdem in der Gemeindekasse der Gemeinde E. ein Fehlbetrag aus der Zeit der Amtsführung des Ehemannes der Kl. festgestellt war, diese als Erbin ihres Ehemannes durch Defektenbeschluß v. 15. März 1933 mit Nachtragsbeschluß v. 25. März 1933 für verpflichtet erklärt, der Gemeindekasse den Fehlbetrag zu ersetzen und ihr die baren Auslagen des Defektenverfahrens zu erstatten; gleichzeitig ist eine der Kl. zustehende Hypothek zugunsten der Gemeinde E. gepfändet und ihr zur Einziehung überwiesen worden. Der Fehlbetrag setzt sich aus einer Reihe von Einzelbeträgen zusammen, die im Defektenbeschluß einzeln behandelt sind und von denen im gegenwärtigen Stande des Rechtsstreits noch folgende von Bedeutung sind:

A. 3. 51,80 *RM* Biersteuer A.
B. 1. 369,61 *RM* Ausgaben für Glockenturm und Friedhof.
B. 2. 483,84 *RM* verschiedene Ausgaben.
B. 3. 13,— *RM* Schornsteinfegegeld.

Die Kl. hat gegen die Gemeinde E. Klage erhoben mit dem Antrage auf Aufhebung des Defektenbeschlusses mit Nachtragsbeschluß.

Das LG. hat den Defektenbeschluß mit Nachtragsbeschluß zum Teil aufgehoben, im übrigen aber die Klage abgewiesen.

Auf die Berufung der Kl. hat das OLG. den Defektenbeschluß mit Nachtragsbeschluß in vollem Umfange aufgehoben.

Das RG. hat zurückverwiesen.

Das BG. hat gegenüber der gem. § 16 DefektenVO. vom 24. Jan. 1844 erhobenen Klage die bekl. Landgemeinde als passiv legitimiert angesehen. Die Auffassung entspricht der des Senats, der in der Entsch. v. 8. Nov. 1935 (RGZ. 149, 282) unter Aufgabe des im Urt. v. 15. Dez. 1933, III 204/33: JW. 1936, 723⁸ mit Anm. vertretenen Rechtsstandpunktes dargelegt hat, daß in dem auf Grund des § 16 PrVO. vom 24. Jan. 1844 angestrengten Rechtsstreit das Verfahren auf die endgültige Entscheidung der materiellen Rechtsfrage zielt, ob und in welcher Höhe den in Anspruch genommenen Beamten eine Ersatzverbindlichkeit für den Kassendefekt trifft, und daß in diesem Streit um die Ersatzverbindlichkeit derjenigen Stelle, der der Ersatzanspruch zusteht, nicht aber derjenigen Stelle, die auf Grund der besonderen Zuständigkeitsvorschriften den Defektenbeschluß zu erlassen hatte und erlassen hat, die Rolle des Bekl. zufällt.

Die Auffassung des BG., daß ein Defektenbeschluß auch gegen den Erben des für den Kassendefekt verantwortlichen Beamten erlassen werden könne, entspricht der Rspr. (RGZ. 2, 188; 7, 355; RGUrt. v. 7. Jan. 1921, III 266/20). Ebenso ist rechtlich nicht zu beanstanden, daß das BG. angenommen hat, für die Verjährung komme im vorl. Falle nach §§ 508, 546 I 9 ALR. i. Verb. m. der Deklaration v. 31. Aug. 1838 die 30jährige Verjährungsfrist in Frage, die von der Kl. gegenüber den Ansprüchen der Bekl. erhobene Einrede sei daher unbegründet.

Zur Position A. 3 des Defektenbeschlusses hat das BG. die im Beschluß festgestellte Ersatzpflicht der Kl. nicht als gegeben angesehen, weil es sich nicht um einen Kassendefekt, sondern um einen Rechnungsdefekt handele; wenn der Ehemann der Kl. es pflichtwidrig unterlassen habe, den Biersteuerbetrag zur Konkursmasse des Steuerpflichtigen A. anzumelden und infolgedessen der Eingang der Steuer unterblieben sei, so möge das eine Schadensersatzpflicht begründen, keinesfalls aber einen Defekt im Sinne des Defektenrechtes. Wenn die Rev. demgegenüber geltend macht, das BG. habe zu Unrecht das Vorliegen eines Kassendefektes verneint, so kann ihr darin freilich nicht beigetreten werden. Ein Kassendefekt ist dann gegeben, wenn der nach den tatsächlich erfolgten bestimmungsgemäßen Einnahmen und Ausgaben festzustellende rechnungsmäßige Sollbestand höher ist als der wirkliche Kassenbestand, die Kasse also einen Fehlbetrag aufweist. Um einen solchen Fehlbetrag handelt es sich aber nicht, wenn ein in das Soll eines Zahlungspflichtigen gestellter Posten infolge Nichteinganges des Betrages noch offensteht und lediglich in Frage kommt, daß der Kassenbeamte es unterlassen hat, für den rechtzeitigen Eingang des Betrages zu sorgen. Nach den Feststellungen des BG. ist im vorl. Falle davon auszugehen,

daß der von dem Steuerpflichtigen A. der Gemeinde geschuldete Biersteuerbetrag nicht gezahlt worden ist. Die Gemeindekasse hat also insofern keinen Fehlbetrag aufgewiesen, für den der Ehemann der Kl. hätte verantwortlich gemacht werden können. Soweit die Bekl. geltend macht, der Ehemann der Kl. sei für den Nichteingang des Betrages deshalb verantwortlich, weil er es versäumt habe, rechtzeitig für dessen Eingang zu sorgen, handelt es sich nicht um die Ersatzpflicht für einen Kassendefekt, sondern um einen aus schuldhafter Pflichtverletzung hergeleiteten Schadensersatzanspruch anderer Art, für den allerdings die Voraussetzungen für den Erlaß eines Defektenbeschlusses nach der VO. v. 24. Jan. 1844 an sich **nicht** gegeben sein würden. Indessen kommt es hierauf im gegenwärtigen Verfahren nicht an, denn nach feststehender Rspr. (vgl. JW. 1935, 1683² = RGZ. 146, 194 und die dort angeführten zahlreichen Entsch.; 149, 282) steht es den Gerichten nicht zu, über die Zulässigkeit des Defektenverfahrens und des Defektenbeschlusses zu befinden, Gegenstand des sich dem Verwaltungsverfahren anschließenden gerichtlichen Verfahrens ist vielmehr die Entscheidung über das Bestehen des von der Verwaltungsbehörde im Defektenbeschlusse festgestellten Ersatzanspruches; das ordentliche Gericht geht, wie in RGZ. 149, 282 ausgeführt ist, über die Frage der Ordnungsmäßigkeit der Verwaltungsentscheidung hinweg, sein Verfahren zielt auf die endgültige Entscheidung der materiellen Rechtsfrage, ob und in welcher Höhe den Beamten eine Ersatzverbindlichkeit trifft. Würde es daher richtig sein, daß die Verwaltungsbehörde in dem Defektenbeschluß einen Ersatzanspruch des Beamten nicht wegen eines wirklichen Kassendefektes festgestellt hat, sondern aus einem anderen Grunde, etwa deshalb, weil es der Beamte fahrlässig unterlassen hat, einen in das Soll eines Zahlungspflichtigen eingestellten Betrag von diesem einzuziehen, so würde es zwar an einer **Voraussetzung** für den Erlaß eines Defektenbeschlusses, nämlich an dem Vorhandensein eines Kassendefektes, gefehlt haben; wenn gleichwohl die Verwaltungsbehörde das Defektenverfahren für zulässig und seine eigene Zuständigkeit für begründet gehalten hat, so ist das ordentliche Gericht daran gebunden. Der Ersatzanspruch unterliegt in dem Umfange der Entscheidung im ordentlichen Verfahren, in dem er Gegenstand des Defektenbeschlusses und durch die gegen diesen gerichtete Klage auch Gegenstand des ordentlichen Rechtsstreits geworden ist. Es unterliegt deshalb auch der von der Bekl. mit der Begründung, der Ehemann der Kl. habe es fahrlässig unterlassen, die Biersteuer von A. rechtzeitig beizutreiben, geltend gemachte Schadensersatzanspruch ohne Rücksicht darauf, ob es sich um einen wirklichen Kassendefekt handelt oder nicht, dann der Entscheidung im gegenwärtigen Verfahren, wenn er Gegenstand der Feststellung im Defektenbeschluß geworden ist. Das BG. ist hiernach von einer rechtsirrigen Auffassung ausgegangen, wenn es eine Ersatzpflicht der Kl. schon deshalb verneint hat, weil ein Kassendefekt im eigentlichen Sinne nicht vorliege. Es hätte vielmehr prüfen müssen, ob der Ersatzanspruch der Bekl., soweit er auf pflichtwidrige Unterlassung der Einziehung der Steuer gestützt wird, gleichfalls Gegenstand des Defektenbeschlusses und durch ihn festgestellt worden ist. Bejahendenfalls unterlag die Frage der Ersatzpflicht der Kl. auch in diesem Umfange der Entscheidung im gegenwärtigen Verfahren. Für die Frage, ob und in welchem Umfange ein Ersatzanspruch Gegenstand des dem Defektenverfahren nachfolgenden Rechtsstreits geworden ist, ist die Begründung des Defektenbeschlusses von wesentlicher Bedeutung; denn aus ihr ergibt sich die Begrenzung des Streitgegenstandes (vgl. RGZ. 146, 202).

Von dem gleichen Rechtsirrtum ist die Stellungnahme des BG. zu den übrigen in Betracht kommenden Positionen B. 1, 2 und 3 maßgebend beeinflußt. (Wird ausgeführt.)

Das angef. Urteil beruht hiernach zu allen vier in Betracht kommenden Punkten des Defektenbeschlusses auf dem erörterten Rechtsirrtum. Er war daher aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das BG. zurückzuverweisen. Nur allgemein sei darauf hingewiesen, daß auch in einem Verfahren, das auf die gegen den Defektenbeschluß gerichtete, den Charakter einer verneinenden Feststellungsklage tragenden Klage anhängig geworden ist, der allgemeine Grundsatz gilt, daß derjenige, der einen anderen für den ihm entstandenen Schaden in Anspruch nimmt, seinerseits den vollen Beweis für das Bestehen des Ersatzanspruches zu führen hat, daß aber andererseits, wenn es sich um einen Kassendefekt handelt, dem in Anspruch genommenen Kassenbeamten gegenüber in der Kasse festgestellten Fehlbeträgen der Nachweis dafür obliegt, daß die Fehlbeträge infolge eines nicht von ihm zu vertretenden Umstandes entstanden sind (vgl. RGZ. 149, 282).

(U. v. 15. Mai 1936; III 253/35. — Breslau.) [v. B.]

Anmerkung: Die Entsch. gibt in verschiedener Hinsicht zu Bemerkungen Anlaß.

Der ihr zugrunde liegende Sachverhalt weicht zunächst insofern vom Regelfall ab, als der mit der Klage angefochtene Defektenbeschluß nicht gegen den Beamten selbst, sondern — nach dessen Tode — gegen seine Erbin, die Witwe des verstorbenen Beamten, ergangen ist. Diese hatte in erster Linie geltend gemacht, daß der Erlaß eines Defektenbeschlusses gegen die Erben des Beamten unzulässig sei. Sie hatte damit einen Einwand erhoben, der fast so alt ist wie das Defektenrecht selbst. Immer wieder, schon zur Zeit des PrObTrib., wehrten sich die Erben der Beamten dagegen, von den Behörden mit den scharfen Mitteln des Defektenrechts angefaßt zu werden. Sie wiesen darauf hin, daß die DefektenVO. eine Ausnahmevorschrift sei und erklärten deren ausdehnende Anwendung auf die Erben der Beamten für unzulässig. Eine Stütze für diesen Rechtsstandpunkt entnahmen sie dem Wortlaut der VO., die stets nur von den Beamten selbst, nirgends aber von deren Erben spreche. Mit diesem Einwand hatten die Erben der Beamten zur Zeit des PrObTrib. Erfolg: Dieses Gericht erklärte die Anwendung der DefektenVO. auf die Erben der Beamten in einer ausführlich begründeten Entsch. aus dem Jahre 1857 für unzulässig (PrObTrib. 36, 378 ff.). Das genannte Gericht stützte seine Entsch. nicht nur auf den Wortlaut der DefektenVO. und deren Natur als Ausnahmevorschrift, sondern auch auf grundsätzliche Gesichtspunkte des Beamtenrechts. „Der Beamte mag in dieser strengen Weise behandelt werden; es gehört dies zu den Beschränkungen, denen er sich unterwirft, wenn er ein Amt dieser Art antritt. ... Auf dieser persönlichen Verpflichtung ruht das ganze Verhältnis desselben auch in dieser speciellen Beziehung" (PrObTrib. a. a. O. S. 384). Ein Jahr später, am 17. April 1858, hatte sich auch der PrKompKonflGH. mit der erörterten Frage zu befassen. Im Gegensatz zum PrObTrib. erklärte er die Vorschriften der DefektenVO. nicht nur auf die Beamten selbst, sondern auch auf ihre Erben für anwendbar. Allerdings machte er eine wichtige Einschränkung: er hielt nur den Nachlaß, nicht auch das eigene Vermögen der Erben den Vorschriften des Defektenrechts für unterworfen. Diese Einschränkung machte der genannte Gerichtshof auch zugunsten solcher Erben, die den Nachlaß ohne Vorbehalt, also ohne Beschränkung ihrer Erbenhaftung, übernommen hatten (JMBl. 1858, 239 ff.). Als dann später das RG. für die Entsch. defektenrechtlicher Fragen zuständig geworden war, erklärte es die Vorschriften der DefektenVO. ohne jede Einschränkung auf die Erben des Beamten für anwendbar (RGZ. 2, 188; 7, 335). Daß auch das RG. den Erben die Beschränkung ihrer Haftung auf den Nachlaß vorbehielt, falls sie diese Beschränkung rechtzeitig herbeigeführt hatten, ist nur eine Folgerung aus den allgemeinen Grundsätzen der Erbenhaftung. Während also der PrKompKonflGH. die Anwendbarkeit der DefektenVO. auf die Erben des Beamten nur mit einer grundsätzlichen Einschränkung bejaht hatte, begrenzte das RG. nur die Verwirklichung der Haftung. Bei seiner Rechtsansicht, daß die DefektenVO. auch auf die Erben des Beamten anwendbar sei, stützt sich das RG. auf die erwähnte Entsch. des PrKompKonflGH., ohne allerdings die von diesem gemachte Einschränkung zu übernehmen. Das RG. hält die Entsch. des genannten Gerichtshofs, soweit es diese übernimmt, augenscheinlich deshalb für besonders überzeugend, weil in ihr auf die Materialien der DefektenVO. zurückgegriffen wird. In diesen Materialien ist aber lediglich gesagt, daß die ursprüngliche Absicht, gegenüber einem Defektenbeschluß gem. § 16 DefektenVO. als anfechtungsberechtigt nicht

nur den Beamten selbst, sondern auch dessen Erben anzuführen, fallen gelassen worden sei, weil für die Ausübung des Anfechtungsrechts auch andere Personen, etwa der „Konkurs-Kurator“, in Betracht kämen. Aus dieser Stelle der Materialien läßt sich jedoch für die hier erörterte Frage nicht das geringste herleiten. Bei den angeführten Erwägungen wird offensichtlich der Erlaß und das Vorhandensein eines gegen den Beamten selbst gerichteten Defektenbeschlusses vorausgesetzt und für den Fall des Todes des Beamten die selbstverständliche Folgerung gezogen, daß mit ihm das Anfechtungsrecht gegen den Defektenbeschluß nicht unter-, sondern auf die Erben des Beamten übergeht. Es handelt sich in den Materialien somit nur darum, daß die Ausübung des Anfechtungsrechts gegenüber einem Defektenbeschluß, der gegen einen Beamten ergangen ist, nicht nur durch den betroffenen Beamten selbst, sondern auch durch dessen Erben oder sonstige Personen, etwa den Konkursverwalter, erfolgen kann. Das hat jedoch mit der hier allein interessierenden Frage, ob ausschließlich der Beamte selbst ein geeigneter Adressat eines Defektenbeschlusses sein kann, der Erlaß eines Defektenbeschlusses gegen die Erben des Beamten dagegen unzulässig ist, nichts zu tun! Somit ist das Problem der Zulässigkeit eines Defektenbeschlusses gegen die Erben eines Beamten trotz der erörterten Stelle in den Materialien noch immer offen. Es sprechen insoweit durchaus beachtliche Gründe für die Rechtsansicht des PrObTrib. (a. a. O.), derzufolge die Vorschriften des Defektenrechts nicht nur Ausnahmevorschriften sind, sondern zugleich als ein Ausfluß des besonderen Status des Beamtentums gelten müssen und somit in ihrer Anwendbarkeit auf die Angehörigen dieses öffentlichen Sonderstatus beschränkt sind (vgl. zum besonderen „Status“ des Beamten: Carl Schmitt, Verfassungslehre S. 181/82). Die DefektenVO. ist in erster Linie ein Bestandteil des öffentlichen Beamtenrechts und nur innerhalb dieser primären Bedeutung eine Schutzbestimmung für das öffentliche Vermögen. Das RG., das es in erster Linie auf die finanzielle Bedeutung dieser Vorschrift abstellt und es deshalb für gleichgültig hält, ob der Staat seine Vermögensinteressen bei dem Beamten selbst oder bei dessen Erben zu befriedigen trachte, denkt auch in diesem Falle zu sehr „zivilistisch“.

Selbstverständlich kann sich auch der Staat oder der sonstige öffentliche Dienstherr eines Beamten für von diesem verübte Schäden an dessen Erben schadlos halten. Er besitzt aber den Erben gegenüber nur die Stellung eines gewöhnlichen Gläubigers und nicht die privilegierten Zugriffsrechte der DefektenVO. Diese sind ein Ausfluß des Beamtenverhältnisses und stehen ihm nur gegenüber dem Beamten zu. Allerdings ist nicht nur der Beamte im aktiven Dienst, sondern auch der Wartestands- und Ruhestandsbeamte der DefektenVO. unterworfen. Nicht das Bestehen eines aktiven Dienstverhältnisses, wohl aber das Bestehen des Beamtenverhältnisses überhaupt — wenn auch nur mit abgeschwächten Nachwirkungen — ist Voraussetzung der Anwendbarkeit des Defektenrechts. Insoweit ist auch der Ruhestandsbeamte noch Beamter, wie seine beschränkte Unterstellung unter das Disziplinarrecht zeigt. Aber selbst der — etwa durch rechtskräftiges Urteil — aus dem Beamtenverhältnis ausgeschiedene frühere Beamte ist dem Defektenrecht aus dem Gesichtspunkt der Nachwirkung seines früheren Dienstverhältnisses noch unterworfen. Wer dagegen dem Sonderstatus des Beamtentums weder angehört noch angehört hat, unterliegt auch nicht den Sondervorschriften dieses Status. Es wäre an der Zeit, daß die hier erörterte Frage von den Gerichten erneut von Grund auf überprüft würde; mit der bloßen Bezugnahme auf alte Entscheidungen ohne kritische Untersuchung ihrer Grundlagen ist es nicht getan.

Auch die Antrags- und Urteilsfassung bei Anfechtungsklagen gegen einen Defektenbeschluß ist ein noch ungelöstes Problem. Im vorliegenden Fall lautete der Antrag der Kl. auf „Aufhebung des Defektenbeschlusses“. Beide Vorinstanzen haben diesem Antrag, wenn auch mit jeweils verschiedenem Umfang, stattgegeben, so daß also auch die beiden Vorderurteile auf „Aufhebung des Defektenbeschlusses“ gelautet haben. Das RG. hat im abgedr. Urt. diese Fassung nicht beanstandet. Dies beruht aber offensichtlich nur auf einem Versehen, denn das RG. erklärt in ständiger Rspr. die „Aufhebung“ eines Defektenbeschlusses durch richterliches Urt. für unstatthaft. So heißt es in RG.: JW. 1892, 173: „Mit der vorliegenden Klage ist beantragt, den in Rede stehenden Defektenbeschluß... als unzulässig und unbegründet aufzuheben. Ein solcher Antrag hat nun aber, wie das OLG. mit Recht annimmt, nicht eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit zum Gegenstande, unterliegt vielmehr gesetzlich der Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden. Allerdings läßt § 16 VO. einem Beschlusse dieser Art gegenüber, soviel die Verbindlichkeit zum Ersatze und die Höhe desselben angeht, den Rechtsweg zu; es ist aber letzterer, während die formellen Voraussetzungen des Beschlusses der richterlichen Prüfung entzogen sind, grundsätzlich auf jene materiellen Fragen beschränkt und kann namentlich auch eine dementsprechende Klage nicht auf ‚Aufhebung des Beschlusses‘ gerichtet werden.“ In einer anderen Entsch. (RGZ. 75, 329 = JW. 1911, 289) hat das RG. auf die Rev. das vom OLG. aufgehobene Urt. des LG. „mit der Maßgabe wiederhergestellt, daß der Defektenbeschluß nicht aufgehoben, sondern nur für unwirksam erklärt wird“. Auch RG.: JW. 1892, 315 spricht nur von der „Klage zur erstrebten Beseitigung der Rechtswirkung des Defektenbeschlusses“ und RG.: JW. 1891, 77 erklärt, die gerichtliche Entsch. habe nur „die Bedeutung, daß der Defektenbeschluß nicht zu Recht bestehen kann“. Ähnlich äußert sich RGZ. 12, 144 = JW. 1885, 129: „Wird die erste Frage (ob nämlich überhaupt eine Ersatzpflicht des Beamten bestehe) durch das Gericht verneint, so macht dies den Defektenbeschluß allerdings materiell wirkungslos, und insofern ist die gerichtliche Klage gegen den Defektenbeschluß gerichtet. Der Beschluß wird unausführbar, da das richterliche Urteil seinen materiellen Inhalt beseitigt.“ In der Linie dieser Rspr. liegen auch die Ausführungen im beamtenrechtlichen Schrifttum. So sagt Brand (Beamtenrecht, 3. Aufl., S. 842 bis 843; ebenso bei Brauchitsch, Verwaltungsgesetze für Preußen, VIII. Bd., Anm. 2a zu §§ 16 ff. DefektenVO.): „Der Rekurs kann die völlige Aufhebung des Defektenbeschlusses nach sich ziehen, während sich die Klage nicht gegen den formellen Bestand des Beschlusses, sondern nur gegen den Betrag des Defekts und die Ersatzverbindlichkeit richtet, was freilich praktisch in der Regel auf dasselbe hinausläuft.“ Gleichwohl spricht Brand a. a. O. — etwas später — von der „auf Aufhebung des Defektenbeschlusses gerichteten Klage“, um jedoch anschließend zu erklären, bei erfolgreicher Klage sei „nicht auf Aufhebung des bis zu seiner Beseitigung im Beschwerdewege formell bestehen bleibenden Defektenbeschlusses, sondern dahin zu erkennen, daß der Beschluß nicht zu vollstrecken und etwa schon angeordnete Vollstreckungsmaßregeln wiederaufzuheben seien“. Diese Rechtsauffassung ist m. E. falsch. Es ist zwar richtig, daß ein Antrag auf Aufhebung eines Defektenbeschlusses „nicht eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit zum Gegenstande hat“, wie RG.: JW. 1892, 173 zutreffend ausführt. Es ist auch richtig, daß die Entsch. über einen solchen Antrag „gesetzlich der Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden unterliegt“ (RG. a. a. O.). Daraus folgt aber nur, daß die Befugnis der Zivilgerichte zur Entsch. über einen solchen Antrag einer besonderen Kompetenznorm bedarf und nicht einfach aus der grundsätzlichen Zuständigkeit der Zivilgerichte für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten hergeleitet werden kann. Diese besondere Kompetenznorm muß aber gerade in § 16 DefektenVO. erblickt werden. Mit Recht sagt Otto Mayer (Deutsches Verwaltungsrecht, 2. Aufl., S. 378): „Es handelt sich um keine bürgerliche Rechtsstreitigkeit. Der Defektenbeschluß leitet nicht eine administrative Zwangsbeitreibung für eine zivilrechtliche Forderung ein. Sondern umgekehrt: Das Zivilgericht ist hier zuständig gemacht für eine Verwaltungssache und prüft den Defektenbeschluß nach wie eine Oberinstanz.“ Das Zivilgericht hat also genau so zu verfahren, als ob es eine übergeordnete Verwaltungsbehörde wäre. Somit hat das Zivilgericht die Anfechtungklage gegen einen Defektenbeschluß ebenso zu behandeln wie die Rekursbehörde den Rekurs. Rekurs und Klage gem. § 16 DefektenVO. bereiten daher bei richtiger Handhabung

und gleicher Sachlage dem angefochtenen Defektenbeschluß das gleiche Schicksal: Der Defektenbeschluß ist aufzuheben, wenn sich seine Gültigkeitserfordernisse nicht als vorliegend erweisen. Der Defektenbeschluß ist also für den Zivilrichter wie für die Rekursbehörde ein „nachzuprüfender Verwaltungsakt" (Otto Mayer a. a. O., 3. Aufl., 2. Bd., S. 217 Anm. 35). In Übereinstimmung hiermit hat auch das frühere Preußische Obertribunal ausdrücklich erklärt, „§ 16 a. a. O. sei nur als eine Reproduktion des preußischen Verwaltungsrechts anzusehen" (StriethArch. 26, 264). Entsprechend dieser Grundanschauung führt das Preußische Obertribunal a. a. O. auch aus, ein Defektenbeschluß bleibe „so lange in Wirksamkeit, bis seine Abänderung (!), sei es auf administrativem, sei es auf gerichtlichem (!) Wege, getroffen ist". Man sieht also: das Preußische Obertribunal hielt sich durchaus für befugt, den Defektenbeschluß selbst abzuändern. Zutreffend sagt auch Coester (Die Rechtskraft der Staatsakte, S. 357): „Der Defektenbeschluß bleibt so lange wirksam, bis seine Abänderung (!) auf dem Verwaltungswege oder im gerichtlichen Wege (!) erfolgt. ... Der Defektenbeschluß ist ein Verwaltungsakt vorbehaltlich des Rechtswegs." Richtigerweise ist daher der Antrag auf Aufhebung (oder: Teilaufhebung) des Defektenbeschlusses zu richten; entsprechend hat auch das Urteil die Aufhebung (oder: Teilaufhebung) des Defektenbeschlusses auszusprechen, wenn die Anfechtungsgründe durchgedrungen sind. Daß § 16 DefektenVO. die „Berufung auf rechtliches Gehör" nur hinsichtlich der Ersatzverbindlichkeit und der Höhe des Betrages eröffnet, bedeutet nur, daß das Zivilgericht den Defektenbeschluß ausschließlich unter diesen Gesichtspunkten nachprüfen darf; erweisen sich aber diese materiellen Gültigkeitserfordernisse nicht als erfüllt, so muß der Beschluß entweder ganz aufgehoben oder hinsichtlich des Betrages geändert werden. Auch das Verwaltungsgericht hebt Verwaltungsakte nicht nur dann auf, wenn sie der formellen, sondern auch, wenn sie der materiellen Gültigkeitserfordernisse ermangeln. Man kommt dem Verständnis dieser Rechtslage auch mit folgender Überlegung näher: Nach preußischem Recht sind Verwaltungsakte nur ausnahmsweise, nämlich nur dann in einem formellen Verfahren anfechtbar, wenn ihre Anfechtbarkeit ausdrücklich bestimmt ist („Enumerationsprinzip", d. h. „Aufzählungsgrundsatz"). Wenn nun im Hinblick auf einen Verwaltungsakt die Möglichkeit der förmlichen Anfechtung gewährt ist, so kann die Anfechtung umfassend oder nur bzgl. einzelner Gesichtspunkte eröffnet worden sein. Es kann also möglicherweise nur eine beschränkte Nachprüfung statthaft sein. So ist es hinsichtlich des Defektenbeschlusses: § 16 VO. gewährt die Möglichkeit seiner förmlichen Anfechtung, sei es mittels des Rekurses, sei es mittels der Klage. Die Anfechtung ist aber nur beschränkt, nämlich nur unter dem Gesichtspunkt der Ersatzverbindlichkeit und der Höhe des Betrages, zulässig; nur auf diese Gesichtspunkte erstreckt sich somit das richterliche Prüfungsrecht. Zeigt der angefochtene Defektenbeschluß aber in diesem begrenzten Blickfeld der Betrachtung einen Mangel seiner Gültigkeitserfordernisse, so ist er aufzuheben, wie jeder andere Verwaltungsakt, der sich im Verwaltungsstreitverfahren als mangelhaft erweist. Daß hier der Zivilrichter zur Nachprüfung berufen ist, ändert an dieser grundsätzlichen Sachlage nichts: das ist ein justizstaatliches Rudiment aus der Zeit vor der Einführung der Verwaltungsgerichte.

Im übrigen ist es recht fraglich, wie die Beschränkung des Anfechtungsrechts und somit auch die Beschränkung des richterlichen Prüfungsrechts gegenüber einem Defektenbeschluß in § 16 DefektenVO. im einzelnen zu umgrenzen ist. Hierzu hat sich das Preußische Obertribunal in der bereits angeführten Entsch. (PrObTrib. 36, 390) in bemerkenswerter Weise geäußert: „Geht die Behauptung der den Rechtsweg beschreitenden Partei dahin, daß die VO. v. 24. Jan. 1844 gar nicht für diesen Fall gegeben sei, so ist dies auch ein Bestreiten der Ersatzverbindlichkeit, wenngleich in einem beschränkteren Umfange. Die Kl. fordern weniger, wenn sie nur von der ihnen durch den Defektenbeschluß auferlegten vorläufigen Verpflichtung befreit sein wollen, während sie die völlige und definitive Entbindung von dem fiskalischen Anspruch begehren dürften. Es läßt sich nicht behaupten, daß sie nur dies Mehrere, aber nicht jenes Geringere zu verlangen berechtigt seien. Genügt ihnen schon das Mindere, so ist nicht einzusehen, warum sie nicht ihre Klage hierauf einschränken dürften." Auch diese Ausführungen sind gegenüber dem abgedruckten Urteil, soweit dieses die Nachprüfbarkeit des Defektenbeschlusses verneint, zu beherzigen.

Was die unrichtige Ansicht des RG. angeht, „daß in dem auf Grund des § 16 VO. v. 24. Jan. 1844 angestrengten Rechtsstreit das Verfahren auf die endgültige Entscheidung der materiellen Rechtsfrage zielt, ob und in welcher Höhe den in Anspruch genommenen Beamten eine Ersatzverbindlichkeit für den Kassendefekt trifft", so kann ich hierzu auf meine eingehende Kritik dieser Auffassung: JW. 1936, 724 ff. verweisen.

RA. Reuß, Berlin.

*

9. § 16 Abs. 2 PrDefektenVO. v. 24. Jan. 1844. Rechtsweg gegen einen Defektenbeschluß. Zur Frage, ob die Klagerhebung bei einem sachlich unzuständigen AG. trotz ausschließlicher Zuständigkeit des LG. (§ 71 Abs. 3 GVG.; § 39 Nr. 3 PrAGGVG.) zur Wahrung der einjährigen Ausschlußfrist ausreicht. Die Ausschlußfrist ist gewahrt, wenn der Kl. gemäß § 276 ZPO. Verweisung an das zuständige LG. erwirkt. Dann ist der Zuständigkeitsmangel beseitigt.†)

Der Kl. ist Beamter der Gemeinde M. Er hat als Oberrentmeister die Gemeindekasse zu verwalten. Aus dieser hatte ein Kassengehilfe im April 1932 300 *RM* veruntreut. Der Kl. ist durch Beschluß des Kreisausschusses nach § 16 PrVO. v. 24. Jan. 1844 (GS. 52) zum Ersatze des Kassenfehlbetrags für verpflichtet erklärt worden, weil er ihn durch Vernachlässigung seiner Aufsichts- und Prüfungspflicht mitverschuldet habe. Der Beschluß ist dem Kl. am 14. Juni 1933 zugestellt. Mit der gegen den Kreiskommunalverband gerichteten Klage verlangt der Kl. die Feststellung, daß der Beschluß unbegründet ist.

Die Klage ist vor dem AG. S. erhoben worden. Sie ist dort am 2. Juni 1934 eingegangen und am 14. Juni 1934 zugestellt. Das AG. hat auf Klageabweisung erkannt, weil der Kreiskommunalverband nicht der richtige Bekl. sei und die Klage der ausschließlichen Zuständigkeit des LG. unterfalle. Der Kl. hat in dem von ihm beschrittenen Berufungsverfahren hilfsweise um Verweisung der Sache an das LG. als erstinstanzliches Gericht gebeten. Diesem Antrag hat das LG. durch Urt. v. 17. Dez. 1934 unter Aufhebung der amtsgerichtlichen Entsch. entsprochen.

Das LG. als erstinstanzliches Gericht hat sodann durch Urt. v. 4. Febr. 1935 die Klage abgewiesen, da die beim AG. erfolgte Klagerhebung wegen der ausschließlichen Zuständigkeit des LG. nicht geeignet gewesen sei, die in § 16 Abs. 2 VO. v. 24. Jan. 1844 vorgeschriebene einjährige Ausschlußfrist zu wahren. Diese vom Kl. wiederum mit der Berufung angefochtene Entsch. hat das OLG. als Prozeßabweisung wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs angesehen. Es hat die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs verworfen und die Sache an das LG. zurückverwiesen.

Mit der hiergegen eingelegten Rev. verfolgt der Bekl. seinen in der VorInst. gestellten Antrag, jedoch ohne Erfolg.

Der Rechtsweg gegen einen Defektenbeschluß wird durch § 16 Abs. 2 PrVO. v. 24. Jan. 1844 nur für die Frist eines Jahres eröffnet. Allerdings darf der Beschluß, um die Ausschlußfrist in Lauf zu setzen, nicht wegen vorhandener formeller Mängel schlechthin rechtsunwirksam sein. Die in dieser Hinsicht vom Kl. vorgebrachten Bemängelungen — wie Versagung eines ordnungsmäßigen Gehörs und vermeintlich offenbares Fehlgehen der Beschlußbegründung — vermögen jedoch nach der zutreffenden Ansicht des BG. eine absolute Unwirksamkeit des Beschlusses nicht zu begründen. Da der Beschluß dem Kl. am 14. Juni 1933 zugestellt ist, war die Klage bei Vermeidung der Unzulässigkeit des Rechtswegs spätestens bis zum 14. Juni 1934 zu erheben. Innerhalb dieser Frist ist die Klage beim

örtlich zuständigen AG. angebracht worden und zur Zustellung gelangt. Das AG. war indessen sachlich unzuständig, denn nach § 71 Abs. 3 GVG. und § 39 Nr. 3 PrAGGVG. war die ausschließliche Zuständigkeit des LG. begründet. Das ist auch durch das BU. des LG. v. 17. Dez. 1934, worin die Verweisung der Sache an das LG. als erstinstanzliches Gericht ausgesprochen ist, bindend festgestellt (RGZ. 95, 280).

Demnach bleibt allein die Frage erheblich, ob die Klagerhebung bei dem sachlich unzuständigen AG. trotz ausschließlicher Zuständigkeit des LG. zur Fristwahrung ausreichte. Das BG. hat diese Frage bejaht. Die dagegen gerichteten Angriffe der Rev. müssen erfolglos bleiben.

Die Rev. will schon aus der den Ausschlußfristen eigentümlichen Strenge folgern, daß überhaupt nur eine hinsichtlich der Zuständigkeit des angerufenen Gerichts mangelfreie Klage zur Fristwahrung geeignet sei. Wäre das richtig, so würde eine Ausschlußfrist niemals durch Anrufung eines sachlich oder örtlich unzuständigen Gerichts gewahrt werden können. Ein so weitgehender Grundsatz ist in der Rspr. des RG. nicht anerkannt. Das RG. hat vielmehr in zahlreichen Fällen angenommen, daß den Ausschlußfristen auch durch Klagerhebung vor einem unzuständigen Gericht Genüge geschehen kann (RGZ. 93, 313 = JW. 1918, 818; RGZ. 94, 135 und 114, 126 = JW. 1926, 2292). Die hier in Betracht kommende Ausschlußfrist ist in § 16 PrVO. v. 24. Jan. 1844 einem durch Beschreitung des Rechtswegs auszuübenden Widerspruchsrecht beigegeben. Die Ausübung dieses Widerspruchsrechts wird durch die Ausschlußfrist der Zeit nach beschränkt. In der zeitlichen Begrenzung erschöpft sich ihre Bedeutung. In dieser Hinsicht kommt der Ausschlußfrist allerdings eine besondere Strenge zu, da ihr ungenützter Ablauf das Widerspruchsrecht in seinem Bestande vernichtet und eine Hemmung oder Unterbrechung des Fristablaufs mangels dahingehender gesetzlicher Bestimmungen ausgeschlossen ist. Die Frage, ob das Widerspruchsrecht — abgesehen von seiner zeitlichen Begrenzung — etwa auch hinsichtlich der Art seiner Ausübung besonderen Beschränkungen unterliegt, betrifft zwar das Widerspruchsrecht als solches, steht aber mit der Rechtsnatur der Ausschlußfrist und der ihr eigentümlichen Strenge nicht in begrifflichem Zusammenhang. Insoweit genügt zunächst der Hinweis, daß die genannte VO. nach ihrem Wortlaut nur die Anrufung des Gerichts, also nicht mehr als das rechtzeitige Zustandekommen eines ordentlichen Gerichtsverfahrens verlangt. Dieses muß natürlich die Eigenschaft besitzen, den Gegenstand des Widerspruchs einer sachlichen Entscheidung zuzuführen. Das ist aber lediglich eine Frage der Prozeßordnung. Daher kann auch nur von diesem Rechtsgebiet aus beurteilt werden, ob die beim unzuständigen Gericht erhobene Klage eine ordnungsmäßige Anrufung des Gerichts in dem oben genannten Sinne ist. Die in den bereits genannten Entsch. niedergelegte Rspr. des RG. enthält darüber folgende Leitsätze:

Grundsätzlich muß dasselbe Recht der Prozeßordnung, soweit diesem der Zuständigkeitsmangel der Klage entspringt, zugleich in der Lage sein, Mittel zu seiner Abhilfe zu gewähren. Das geltende Verfahrensrecht verleiht aber der klagenden Partei in § 276 (früher § 505) ZPO. ein Hilfsmittel dieser Art in Gestalt der Verweisung. Wenn letztere den Zuständigkeitsmangel auch nicht mit rückwirkender Kraft zu heilen vermag, so ist doch die Klage schon von vornherein mit der Fähigkeit ausgestattet, zu einer Verweisung zu gelangen und damit den Streitgegenstand einer sachlichen Entscheidung zuzuführen. Eben deshalb aber ist der bekl. Partei im Falle der — wenn auch nach Fristablauf — herbeigeführten Verweisung die Möglichkeit entzogen, auf das Zuständigkeitsbedenken nach irgendeiner Richtung hin noch zurückzugreifen. Damit ist ihr auch versagt, diesen Mangel, der innerhalb des Verfahrensrechts sowohl hinsichtlich seiner Entstehung wie auch hinsichtlich seiner Beseitigung erschöpfend geregelt ist, für die materielle Rechtslage zum Nachweis der Verwirkung eines Klagerechts zu verwerten.

Zwar beziehen sich die oben genannten Entsch. nur auf solche Fälle, in denen dem angerufenen unzuständigen Gericht kein anderes mit ausschließlicher Zuständigkeit gegenüberstand. Das BG. nimmt jedoch zutreffend an, daß die aufgezeigten Gedankengänge von allgemeiner Bedeutung sind, und sich daher nicht auf Fälle der gewöhnlichen Unzuständigkeit des angerufenen Gerichtes zu beschränken haben. Sie sind vielmehr, weil eben die Rechtsnatur der Ausschlußfristen durch verfahrensrechtliche Bestimmungen nicht betroffen wird, auch beim Vorliegen der ausschließlichen Zuständigkeit eines anderen Gerichts zu beachten, sofern diese in der Prozeßordnung ihre Grundlage findet.

Dementsprechend können diese Gesichtspunkte freilich dann nicht Platz greifen, wenn das Widerspruchsrecht selbst der Art seiner Ausübung nach vom Gesetze erkennbar mit der Anrufung eines bestimmten Gerichts so eng verknüpft ist, daß der Widerspruch nur vor diesem Gericht verwirklicht werden kann. Dann allerdings wird dem zwingenden Sinn des Gesetzes durch die — wenn auch fristgemäße — Anrufung eines anderen Gerichts nicht genügt. Das ist vom RG. aber nur für Widerspruchsklagen aus § 30 PrEnteigG. v. 11. Juni 1874 mit Rücksicht auf die dort einheitlich getroffene und in innerem Zusammenhang stehende Regelung des Widerspruchsrechts selbst und der dafür bestimmten ausschließlichen örtlichen Gerichtszuständigkeit angenommen worden (RGZ. 92, 40 und RGUrt. v. 24. Nov. 1916, VII 273/16: JW. 1917, 231[21]).

Der Rev. ist nicht zuzugeben, daß der gegenwärtige Fall eine dem gleiche Sonderbehandlung erfordert. Die preuß. DefektenVO. v. 24. Jan. 1844 enthält hinsichtlich des anzurufenden Gerichts, wie bereits erwähnt, keine Bestimmungen. Sie verlangt demnach nicht schon aus sich heraus die Anrufung einer bestimmten Gerichtsstelle, bei der das Widerspruchsrecht ausgeübt werden müßte. Das ist der Prozeßordnung überlassen. Die im § 71 Abs. 3 GVG. und § 39 Nr. 3 PrAGGVG. bestimmte ausschließliche Zuständigkeit zielt aber nicht auf eine Ausgestaltung oder Einschränkung von Widerspruchsrechten ab. Die gegenteilige Auffassung liefe darauf hinaus, in diesen Bestimmungen eine Beschränkung der Zulässigkeit des Rechtswegs zu erblicken, die ihnen als reinen Zuständigkeitsbestimmungen fremd ist. Zwar soll die einschlägige Regelung der Zuständigkeit den Parteien aus Gründen des öffentlichen Interesses weitgehende Verfahrensvorteile, nämlich die Verhandlung der Sache vor einem erstinstanzlichen Kollegialgericht und die Ausnutzung der RevInst., zuwenden und insoweit nimmt sie in ihrem Beweggrunde auf den im öffentlichen Recht wurzelnden Gegenstand der in Betracht kommenden Klagen Rücksicht. Gleichwohl geht diese Regelung aber über das Gebiet der Prozeßordnung nicht hinaus.

Nach alledem läßt sich die Frage nach den Wirkungen der im gegenwärtigen Falle hinsichtlich der Zuständigkeit verfehlten Klagerhebung zwanglos in den Rahmen der Rechtsgrundsätze eingliedern, die in der reichsgerichtlichen Rspr. allgemein für die Wahrung von Ausschlußfristen durch Klagerhebung beim unzuständigen Gericht aufgestellt und oben näher angegeben sind. Mag der Zuständigkeitsmangel beim Vorliegen der ausschließlichen Zuständigkeit eines anderen Gerichts auch von Amts wegen zu beachten und einer Vereinbarung der Parteien entzogen sein, so ist gleichwohl die Klage auch solchenfalls kein schlechthin wirkungsloser Versuch der Nehmung des Rechts. Sie führt die Rechtshängigkeit mit den daran geknüpften Folgen herbei und ein über sie vom unzuständigen Gericht erlassenes Urteil ist der Rechtskraft fähig. Vor allem aber kann eine solche Klage nach anerkanntem Recht auf dem Wege des § 276 ZPO. an das zuständige Gericht verwiesen werden. Damit erhält die Klage auch hier schon von vornherein die Eigenschaft, den Zuständigkeitsmangel abstreifen zu können. Vom Standpunkt des geltenden Rechts ist es daher nicht zu beanstanden, daß das BG. angesichts der vom Kl. erwirkten Verweisung der Sache die Einwendungen des Bekl. gegen die Wahrung der Frist als unbehelflich angesehen hat. Dem praktischen Zweck der Ausschlußfrist der DefektenVO., welcher im wesentlichen darauf abzielt, den Staat und die öffentlich-rechtlichen Körperschaften vor ungebührlich lange hinausgezögerten Klagerhebungen zu schützen, kann dadurch kein Abbruch geschehen. Der Rev., die hier einer streng formalen Auffassung das Wort redet, ist mit dem BG. entgegenzuhalten, daß eine gesunde Rechtsentwicklung gerade in der

gegenwärtigen Zeit zur Abkehr von jedem überflüssigen Formalismus drängt. Die Rev. ist daher zurückzuweisen.

Für die durch das erstinstanzliche Gericht nunmehr vorzunehmende sachliche Prüfung sei darauf hingewiesen, daß nach dem jetzigen Stande der Rspr. des erk. Sen. (RGZ. 149, 282 = JW. 1936, 723[8] [mit Anm.]) die Klage gegen diejenige öffentlich-rechtliche Körperschaft gerichtet werden muß, zu deren Gunsten der Defektenbeschluß lautet. Die frühere gegenteilige Auffassung (RGUrt. v. 15. Dez. 1933, III 204/33) ist damit aufgegeben.

(U. v. 12. Mai 1936; III 201/35. — Stettin.) [v. B.] <= RGZ. 151, 233.>

Anmerkung: Der Entsch. ist zuzustimmen. Ihre Begründung ist mit den Erfordernissen eines unformalistisch-gesunden Denkens ebenso im Einklang wie mit den Bestimmungen des positiven Rechts.

Das RG. hält zutreffend die Ausschlußfrist gemäß § 16 Abs. 2 DefektenVO. auch dann für gewahrt, wenn die Klage trotz ausschließlicher Zuständigkeit des LG. bei einem sachlich unzuständigen AG. erhoben, aber ordnungsgemäß nach § 276 ZPO. an das zuständige LG. verwiesen ist. Die „Berufung auf rechtliches Gehör", von der § 16 DefektenVO. spricht, ist nichts als eine wirksame Anrufung der ordentlichen Gerichte. Eine bestimmte Art dieser Anrufung ist in § 16 DefektenVO., von der Innehaltung einer Ausschlußfrist abgesehen, nicht vorgeschrieben. Es muß daher genügen, wenn innerhalb der Ausschlußfrist die Anrufung der Zivilgerichte mit der Maßgabe erfolgt ist, daß diese nach der für sie gültigen Zuständigkeitsordnung — wenn auch nach Beschreitung von prozessualen Umwegen — in eine Sachprüfung einzutreten befugt sind. Wenn der defektenrechtliche Streitstoff auf diese Weise fristgemäß in die ordnungsmäßig weiterwirkende Gerichtsgewalt der ordentlichen Gerichte eingemündet ist und gemäß den internen Verfahrensvorschriften dieser Gerichte einer Sachprüfung zugeleitet werden kann, ist den Erfordernissen des § 16 Abs. 2 DefektenVO. genügt. Die Bestimmung des § 16 Abs. 2 a. a. O. verlangt nur, daß man sich fristgemäß das „rechtliche Gehör", d. h. das Gehör der ordentlichen Gerichte, gesichert hat; das aber ist geschehen, wenn man sich durch Einreichung einer Klage die Möglichkeit ihrer sachlichen Prüfung eröffnet hat. Ob diese Prüfung vom unmittelbar angegangenen Gericht oder — nach erfolgter Verweisung — von einem anderen Gericht vorgenommen wird, ist unerheblich, da die Zuständigkeitsordnung ein Internum der ordentlichen Gerichtsbarkeit darstellt. Anders ist es nur, wenn das Gesetz, das eine Ausschlußfrist bestimmt, zugleich anordnet, daß innerhalb dieser Frist nicht schlechthin die „Berufung auf rechtliches Gehör" oder die „Beschreitung des Rechtswegs", sondern die Anrufung eines bestimmten Gerichts erfolgen müsse. In einem solchen Fall kann selbstverständlich die Ausschlußfrist nur durch fristgemäße Anrufung des konkret bezeichneten Gerichts gewahrt werden.

Der Kl. verlangte im vorl. Fall „die Feststellung, daß der (sc. Defekten-) Beschluß unbegründet ist". Dieses Begehren führt auf einen „wunden Punkt" des ohnehin problemreichen Defektenrechts. Bis heute kann nämlich die Frage der richtigen Antragsfassung bei Defektenklagen noch immer nicht als endgültig gelöst gelten. Hierzu gibt es die verschiedensten Meinungen. So sagt Brand (Beamtenrecht, 3. Aufl., S. 842/43; ebenso bei Brauchitsch, Verwaltungsgesetze für Preußen, VIII. Bd., Anm. 2a zu §§ 16 ff. DefektenVO.): „Der Rekurs kann die völlige Aufhebung des Defektenbeschlusses nach sich ziehen, während sich die Klage nicht gegen den formellen Bestand des Beschlusses, sondern nur gegen den Betrag des Defektes und die Ersatzverbindlichkeit richtet, was freilich praktisch in der Regel auf dasselbe hinausläuft." Gleichwohl spricht Brand a. a. O. — etwas später — von der „auf Aufhebung des Defektenbeschlusses gerichteten Klage", um jedoch anschließend zu erklären, bei erfolgreicher Klage sei „nicht auf Aufhebung des bis zu seiner Beseitigung im Beschwerdewege formell bestehen bleibenden Defektenbeschlusses, sondern dahin zu erkennen, daß der Beschluß nicht zu vollstrecken und etwa schon angeordnete Vollstreckungsmaßregeln wiederaufzuheben seien". Ähnlich dunkel äußert sich RGZ. 12, 144 = JW. 1885, 129: „Wird die erste Frage (sc. ob überhaupt eine Ersatzpflicht des Beamten bestehe) durch das Gericht verneint, so macht dies den Defektenbeschluß allerdings materiell wirkungslos, und insofern ist die gerichtliche Klage gegen den Defektenbeschluß gerichtet. Der Beschluß wird unausführbar, da das richterliche Urteil seinen materiellen Inhalt beseitigt." In einer anderen Entsch. (JW. 1911, 289 = RGZ. 75, 329) wird auf die Rev. das vom OLG. aufgehobene Urteil des LG. „mit der Maßgabe wiederhergestellt, daß der Defektenbeschluß nicht aufgehoben, sondern nur für unwirksam erklärt wird". Auch RG.: JW. 1892, 315 spricht nur von der „Klage zur erstrebten Beseitigung der Rechtswirkung des Defektenbeschlusses" und RG.: JW. 1891, 77 erklärt, die gerichtliche Entsch. habe nur die „Bedeutung, daß ... der Defektenbeschluß nicht zu Recht bestehen kann". In RG.: JW. 1892, 173 heißt es: „Mit der vorl. Klage ist beantragt, den in Rede stehenden Defektenbeschluß ... als unzulässig und unbegründet aufzuheben. Ein solcher Antrag hat nun aber, wie das OLG. mit Recht annimmt, nicht eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit zum Gegenstande, unterliegt vielmehr gesetzlich der Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden. Allerdings läßt § 16 der VO. einem Beschlusse dieser Art gegenüber, soviel die Verbindlichkeit zum Ersatze und die Höhe desselben angeht, den Rechtsweg zu; es ist aber letzterer, während die formellen Voraussetzungen des Beschlusses der richterlichen Prüfung entzogen sind, grundsätzlich auf jene materiellen Fragen beschränkt und kann namentlich auch eine dementsprechende Klage nicht auf ‚Aufhebung des Beschlusses' gerichtet werden." Diese Entsch. sind m. E. falsch. Sie lassen außer acht, daß es sich bei Klagen gegen einen Defektenbeschluß um Klagen gegen einen Verwaltungsakt handelt, denen nur eine verwaltungsrechtliche Betrachtung des Defektenprozesses gerecht werden kann (vgl. Reuß: JW. 1935, 3014 ff.; 1936, 82 ff., 723 ff. u. 2418 ff.; ders.: BeamtJahrb. 1936, 78 ff.). Mit Recht sagt Otto Mayer (Deutsches Verwaltungsrecht, 2. Aufl., S. 378): „Es handelt sich um keine bürgerliche Rechtsstreitigkeit. Der Defektenbeschluß leitet nicht eine administrative Zwangsbeitreibung für eine zivilrechtliche Forderung ein. Sondern umgekehrt: Das Zivilgericht ist hier zuständig gemacht für eine Verwaltungssache und prüft den Defektenbeschluß nach wie eine Oberinstanz." Der Defektenbeschluß ist also für den Zivilrichter ein „nachzuprüfender Verwaltungsakt" (Otto Mayer a. a. O., 3. Aufl., 2. Bd., S. 217 Anm. 35). In Übereinstimmung hiermit hat auch das frühere PrObTrib. ausdrücklich erklärt, „§ 16 a. a. O. sei nur als eine Reproduktion des preußischen Verwaltungsrechts anzusehen" (StriethArch. Bd. 26 S. 264). Entsprechend dieser Grundanschauung führt das PrObTrib. a. a. O. auch aus, ein Defektenbeschluß bleibe „so lange in Wirksamkeit, bis seine Abänderung (!), sei es auf administrativem, sei es auf gerichtlichem Wege, getroffen ist". Man sieht also: das PrObTrib. hielt sich durchaus für befugt, den Defektenbeschluß selbst abzuändern. Zutreffend sagt auch Coester (Die Rechtskraft der Staatsakte, S. 357): „Der Defektenbeschluß bleibt so lange wirksam, bis seine Abänderung (!) auf dem Verwaltungswege oder im gerichtlichen Wege (!) erfolgt." Richtiger Auffassung nach ist daher der Antrag auf Aufhebung des Defektenbeschlusses zu richten; entsprechend hat auch das Urteil die Aufhebung des Defektenbeschlusses auszusprechen, wenn die Anfechtungsgründe durchgedrungen sind. Daß § 16 DefektenVO. die „Berufung auf rechtliches Gehör" nur hinsichtlich der Ersatzverbindlichkeit und der Höhe des Betrages eröffnet, bedeutet nur, daß das ordentliche Gericht ausschließlich unter diesen materiellen Gesichtspunkten den Defektenbeschluß überprüfen darf; erweisen sich aber diese materiellen Gültigkeitserfordernisse nicht als erfüllt, so muß der Beschluß entweder ganz aufgehoben oder hinsichtlich des Betrages geändert werden. Auch das Verwaltungsgericht hebt Verwaltungsakte nicht nur dann auf, wenn sie der formellen, sondern auch, wenn sie der materiellen Gültigkeitserfordernisse ermangeln.

RA. Reuß, Berlin.

10. HessBesoldG. v. 30. März 1928. Zur Frage, ob das HessBesoldG. das Gehalt der Besoldungsgruppe A 1 c nur den nach § 66 Abs. 2 GVG. von der Landesjustizverwaltung bestellten Vertretern des LGPräs. zubilligt oder auch denjenigen LGDir., die beim Fehlen einer solchen Bestellung kraft ihres Dienstalters nach § 66 Abs. 3 GVG. die Vertretung des LGPräs. wahrzunehmen haben. Der Umstand, daß die ehemals hess. Justizbeamten nunmehr Reichsbeamte sind, macht die übergangsweise weiter geltenden hess. Besoldungsvorschriften nicht zum Reichsrecht. Die betreffende Gruppe von Reichsbeamten untersteht vielmehr insoweit nach wie vor dem hess. irrevisiblen Landesrecht.

Der Kl. war bis zum 31. März 1934 LGDir. bei dem LG. in D. Mit dem 1. Okt. 1933 war er durch die zu diesem Tag erfolgte Zurruhesetzung des LGDir. R. dienstältester LGDir. geworden. Da die Landesjustizverwaltung von der Befugnis, nach § 66 Abs. 2 GVG. (i. d. Fass. des Ges. vom 4. Juli 1933 [RGBl. I, 451]) einen ständigen Vertreter des LGPräs. zu ernennen, keinen Gebrauch machte, ging gem. § 66 Abs. 3 GVG. die Aufgabe, den LGPräs. in den hier bezeichneten Geschäften zu vertreten, auf den Kl. über, der diese Aufgabe bis zu seinem eigenen Ausscheiden Ende März 1934 versah. Er glaubt, auf die Zeit v. 1. Okt. 1933 bis zum 31. März 1934 Anspruch auf das in der BesoldO. zum HessBesoldG. v. 30. März 1928 (HessRegBl. 49) für die Gruppe A 1 c ausgeworfene Gehalt erlangt zu haben und verlangt mit der Klage, unter Vorbehalt seiner weitergehenden Ansprüche, zunächst für den Monat Okt. 1933 den in seiner Höhe nicht streitigen Unterschiedsbetrag von 32,92 *RM*, um den dieses Gehalt das ihm nach der Besoldungsgruppe A 2 a gezahlte übersteigt. Das LG. hat der Klage stattgegeben. Das bekl. Reich hat mit Einwilligung des Kl. Sprungrevision eingelegt und erstrebt wie vor dem LG. Abweisung der Klage.

Wie das LG. festgestellt hat, stuft die im Tatbestand genannte BesoldO. die LGDir. im allgemeinen in die Gruppe A 2 a ein, jedoch LGDir. als Stellvertreter des LGPräs. in die nächsthöhere Gruppe A 1 c. Das LG. meint, grundsätzlich erlange zwar ein Beamter einen Gehaltsanspruch erst mit der Einweisung in die für sein Amt durch die BesoldO. festgesetzten Bezüge. Anders verhalte es sich aber mit den richterlichen Beamten. Sie hätten nach dem übereinstimmenden Inhalt der Deutschen BesoldO., wie auch durch § 11 RBesoldG. v. 15. Juli 1909 (RGBl. 573) bestätigt werde, ein Recht darauf, daß ihr Gehalt in der durch die einschlägige BesoldO. vorgeschriebenen Höhe festgesetzt werde. Dieses Recht bestehe namentlich auch für die hess. Richter nach dem HessBesoldG. v. 30. März 1928; es könne nicht durch die — vom Bekl. angezogene — Verfügung des Hess. MinPräs. v. 16. Sept. 1933 beeinträchtigt werden, durch die eine Beamtenanstellungs- und -aufrückungssperre angeordnet worden war, denn die Organisation der Gerichte und die Amtsstellung des Kl. innerhalb dieser Organisation beruhe auf Reichsrecht, nämlich dem § 66 Abs. 3 GVG. Auch Art. 2 Abs. 2 HessBesoldG. v. 30. März 1928 stehe dem Bekl. nicht zur Seite.

Diese Erwägungen betreffen im wesentlichen die Auslegung des irrevisiblen hess. Landesrechts. Es handelt sich nämlich um die Frage, ob das HessBesoldG. v. 30. März 1928 das Gehalt der Besoldungsgruppe A 1 c nur den nach § 66 Abs. 2 GVG. von der Landesjustizverwaltung bestellten Vertretern des LGPräs. zubilligt oder — und zwar ohne besondere Einweisung in diese Bezüge — auch denjenigen LGDir., die beim Fehlen einer solchen Bestellung kraft ihres Dienstalters nach § 66 Abs. 3 GVG. die Vertretung des LGPräs. in den hier genannten Dienstgeschäften wahrzunehmen haben. Wenn das LG. bei seinen Erörterungen über den Sinn des maßgeblichen Landesrechts Bezug nimmt auf allgemeine Rechtsgedanken, wie sie seiner Meinung nach in den anderen LBesoldG. und auch im RBesoldG. von 1909 zum Ausdruck kommen, so ist, wie das RG. häufig ausgesprochen hat, auch insoweit eine Nachprüfung in der RevInst. nicht möglich. Eine solche Nachprüfung ist nur insoweit zulässig, als revisible Rechtsnormen vom Vorderrichter unmittelbar auf den zugrunde liegenden Tatbestand angewendet worden sind oder hätten angewendet werden müssen.

Nach dieser Richtung kommt von den in der Revisionsbegründungsschrift als verletzt bezeichneten Gesetzen allein § 66 Abs. 3 GVG. in Frage. Die Rev. meint, das LG. habe aus ihm entnommen, daß ein ständiger Vertreter des LGPräs. bestellt werden müsse. Eine solche Annahme wäre allerdings rechtsirrig, denn § 66 Abs. 3 besagt lediglich, daß beim Fehlen eines besonders bestellten Vertreters die dort bezeichneten Aufgaben von Gesetzes wegen dem dienstältesten LGDir. zufallen. Etwas anderes hat aber auch das LG. nicht ausgesprochen. Es hat gegenüber dem Hinweis des Bekl. auf die vom Hess. MinPräs. angeordnete Aufrückungssperre nur ausgeführt, daß der MinPräs. nicht befugt gewesen sei, den Übergang der in § 66 Abs. 2 bezeichneten Aufgaben auf den Kl. hintanzuhalten. Das ist vollkommen richtig. Eine ganz andere Frage aber ist es, ob mit diesem reichsgesetzlichen Übergang der Vertreteraufgaben ohne weiteres auch der Erwerb eines Anspruchs auf das höhere Gehalt der Gruppe A 1 c verbunden war. Diese Frage war ganz allein nach hess. Recht zu entscheiden, Reichsrecht kommt hierfür nicht in Betracht.

Daß die ehemals hess. Justizbeamten nunmehr Reichsbeamte geworden sind, macht die hess. Besoldungsvorschriften, die übergangsweise für sie weitergelten, nicht zum Reichsrecht. Die betr. Gruppe von Reichsbeamten untersteht vielmehr insoweit nach wie vor dem hess. irrevisiblen Landesrecht.

(U. v. 21. April 1936; III 212/35. — Darmstadt.) [v. B.]

*

11. § 7 StraffreihG. v. 7. Aug. 1934 (RGBl. I, 769); § 33 BRÄndG. Ein vor dem Inkrafttreten des StraffreihG. v. 7. Aug. 1934 verkündetes Urteil, das auf eine die Amnestiegrenze nicht übersteigende Strafe lautet, ist nicht deshalb rechtskräftig geworden, weil das RG. am 10. Aug. 1936 ohne Kenntnis von dem bereits in Kraft getretenen StraffreihG. die Rev. verworfen hat; infolgedessen hat eine in dem Strafkammerurteil gegen einen Ruhestandsbeamten ausgesprochene Aberkennung der Amtsfähigkeit nicht den Verlust des Anspruchs auf Ruhegeld zur Folge gehabt.

(U. v. 28. April 1936; III 258/35. — Stettin.)

Abgedr.: JW. 1936, 2713[13].

Anmerkung: I. Dem Urteil liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Gegen den Kl., einen Ruhestandsbeamten, war wegen Amtsunterschlagung durch Urteil der StrK. v. 5. Juni 1934 auf eine Gefängnisstrafe von 3 Monaten und Aberkennung der Amtsfähigkeit auf die Dauer von 3 Jahren erkannt worden. Seine Rev. wurde vom RG. am 10. Aug. 1934 durch Beschluß als offensichtlich unbegründet verworfen; dem RG. war dabei nicht bekannt, daß das tags zuvor verkündete StraffreihG. v. 7. Aug. 1934 am 10. Aug. 1934 in Kraft getreten war. Die Reichspostverwaltung war der Auffassung, daß durch die Verwerfung der Rev. das Urteil rechtskräftig geworden sei und der Kl. wegen der Aberkennung der Amtsfähigkeit nach § 33 Abs. 1 BRÄndG. v. 30. Juni 1933 seinen Anspruch auf Ruhegeld verloren habe. Das RG. hat dem Antrag des Kl. auf Weiterzahlung des Ruhegeldes u. a. mit der Begründung stattgegeben, der die Rev. verwerfende Beschluß habe die Rechtskraft des Strafurteils nicht herbeiführen können, weil dieses schon vorher seinen rechtlichen Bestand eingebüßt habe; der Beschluß habe ins Leere getroffen.

II. Die Verurteilung zur Fortzahlung des Ruhegehalts, die das RG. bestätigt, entspricht ohne Zweifel der materiellen Gerechtigkeit. Es ist kennzeichnend für den neuen Geist in der Rspr., daß das RG. diesen Gesichtspunkt — den Hinweis auf den sachlichen Willen des Gesetzes — an die Spitze stellt und als Hauptargument den „rein logischen Erwägungen des Bekl." entgegensetzt, um erst dann darzulegen, daß das so gefundene Ergebnis sich auch mit recht-

lichen Erwägungen stützen lasse. Nur zu diesen rechtlichen Erwägungen seien einige Bemerkungen erlaubt.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, daß diese Entsch., die einen ganz besonders gelagerten Fall betrifft, nicht als eine Stellungnahme des RG. zu der bekannten Streitfrage gewertet werden darf, welche Bedeutung einem Urt. zukommt, das unter Verstoß gegen die Amnestievorschriften noch eine Strafe ausspricht, obwohl das Strafverfahren inzwischen kraft Gesetzes eingestellt worden ist. Das RG. stellt sich auf den Standpunkt, der Verwerfungsbeschluß des RevG. sei gegenstandslos gewesen, weil das bestätigte Urt. schon vorher seine Wirkung verloren gehabt habe; der Beschluß habe damit ins Leere getroffen. Diese Argumentation, so bestechend sie erscheint, ist nicht ohne Bedenken. Sieht man einmal von der Besonderheit des vorliegenden Falles ab, daß das RevG. zu einer Zeit entschied, als es von dem Erlaß des StraffreihG. noch nichts wußte und nichts wissen konnte, und geht man von dem — selbstverständlich praktisch undenkbaren — Falle aus, daß ein RevG. geraume Zeit nach Inkrafttreten des StraffreihG. über die Rev. gegen ein vor diesem Zeitpunkt ergangenes Urt. zu entscheiden hätte und dabei irrtümlich die Anwendbarkeit des StraffreihG. übersähe, so erscheint es mehr als zweifelhaft, ob das RG. auch dann den Verwerfungsbeschluß als gegenstandslos, als „ins Leere treffend“ bezeichnen würde. Einen Augenblick könnte man allerdings versucht sein, auch in diesem Falle die Verwerfung der Rev. als sachlich bedeutungslos anzusehen. Man könnte dies etwa damit begründen, die Bedeutung der die Rev. verwerfenden Entsch. erschöpfe sich in dem Ausspruch, daß das angefochtene Urt. zur Zeit seines Erlasses der Rechtslage entsprochen habe (RGSt. 51, 47); da dieses Urt. aber nachträglich seinen rechtlichen Bestand durch die Niederschlagung verloren habe, so sei der Ausspruch, daß es zur Zeit seines Erlasses sich im Einklang mit dem geltenden Recht befunden habe, gegenstandslos. Eine solche Argumentation wäre ein glatter Fehlschluß. Denn ist ein Verfahren beim RevG. anhängig, so hat dieses anerkanntermaßen von Amts wegen zu prüfen, ob die Voraussetzungen der Amnestie gegeben sind. Entscheidet es — statt das Verfahren einzustellen — sachlich, indem es die Rev. verwirft, so liegt darin der Ausspruch, daß die Amnestie nicht Platz greife. Diese Entsch. widerspricht zwar dem Gesetz, das die Fortsetzung eines Verfahrens und die Entsch. über Schuld und Nichtschuld grundsätzlich verbietet, wenn die Amnestievoraussetzungen vorliegen (Ausnahme s. JW. 1936, 1921). Indessen lehnt es die h. M. (vgl. die Nachweise bei Schäfer: DJ. 1936, 725) ab, einer rechtskräftig gewordenen Entsch. Gültigkeit und Bestand deshalb abzusprechen, weil sie das AmnestieG. verletzt. Und das mit Recht. Denn es ist nicht einzusehen, warum gerade ein Verstoß gegen ein AmnestieG. so sehr viel schwerer wiegen und so viel weitergehende Folgen auslösen sollte als sonstige Gesetzesverstöße, wenn sie zu einer Verurteilung führten, die bei richtiger Gesetzesanwendung nicht hätte erfolgen dürfen. Sowenig man bei solchen Verstößen im allgemeinen das Urt. als unheilbar nichtig ansieht, sowenig ist dies bei Nichtbeachtung eines AmnestieG. angängig. Von diesem Standpunkt aus kann es aber — entgegen der Auffassung des BayObLG. in seinem Urt. v. 7. Dez. 1934 (BayObLG. 34, 190) — keinen Unterschied machen, ob die dem Gesetz widersprechende Entsch. dadurch zustande gekommen ist, daß das Gericht die Amnestievorschrift übersehen, oder dadurch, daß es sie offensichtlich falsch ausgelegt hat.

Daß es im Regelfall nicht angängig ist, die materielle Gültigkeit und rechtliche Bedeutung einer sachlichen Revisionsentscheidung mit der Begründung zu verneinen, sie treffe ins Leere, wird noch deutlicher, wenn man sich folgendes vor Augen hält: Wenn einem der Gedanke zunächst einigermaßen einleuchtend erscheint, die die Rev. verwerfende Entsch. sei ohne sachliche Bedeutung, falls sie eine Verurteilung zu einer Strafe von bestimmter Höhe bestätigt, die nach den Amnestievorschriften nicht mehr erfolgen darf, so spielt offenbar der Gedanke mit, eine Gefahr für die Rechtssicherheit könne nicht eintreten, weil der Widerspruch der Entsch. mit zwingenden Vorschriften für jedermann offen und unzweifelhaft zutage liege. Aber so liegt der Fall ja nicht immer. Die Anwendbarkeit des StraffreihG. kann vielmehr auch von weniger eindeutigen Merkmalen als von der Höhe der zu erwartenden Strafe abhängen. Dies ist insbesondere der Fall, wenn Umstände entscheidend sind, die nur die innere Tatseite angehen, z. B. daß der Täter aus einem politischen Beweggrund gehandelt habe, daß die Tat nicht einer gemeinen Gesinnung entspringe usw. Wenn das RevG. in einem solchen Falle versehentlich unterlassen würde, die Amnestievoraussetzungen zu prüfen und infolgedessen zur Verwerfung der Rev. käme, während es bei richtiger Sachbehandlung das Verfahren hätte einstellen müssen, so könnte von einem offensichtlichen, für jedermann erkennbaren Widerspruch der Entsch. mit dem Gesetz keine Rede sein. Denn weder dem Tenor noch der Begründung der Entsch. kann ohne weiteres angesehen werden, ob die Nichterwähnung der Amnestie auf einem Versehen oder aber darauf beruht, daß das Gericht — sei es auch auf Grund einer irrigen Auslegung — die Vorschriften des StraffreihG. als so wenig in Betracht kommend ansah, daß es sich nicht veranlaßt fühlte, sie irgendwie zu erwähnen. Und wenn die die Rev. verwerfende Entsch. ohne nähere Begründung ergeht, wie bei der Verwerfung durch Beschluß als offensichtlich unbegründet, so gibt es gar keine Möglichkeit, die Gründe für die Nichtberücksichtigung der Amnestie aus der Entsch. zu erkennen. Unter diesen Umständen ginge es, wenn wirklich einmal der Fall sich ereignen würde, daß nachweislich die Amnestie vom RevG. übersehen würde, im Interesse der Rechtssicherheit unter keinen Umständen an, dieser Unterlassung wegen der Entsch. die sachliche Bedeutung abzusprechen, weil sie ins Leere treffe.

So zeigt sich denn, daß dem vorliegenden Urt., wenn es die Revisionsentscheidung für rechtlich bedeutungslos erklärt, keine allgemeine, über den entschiedenen Fall hinaustragende Bedeutung zukommt, daß man vielmehr nur in diesem ganz besonders gelagerten Fall, in dem das entscheidende Gericht von der gerade erlassenen Amnestie noch nichts wußte und auch noch nichts wissen konnte, die im Widerspruch mit der Amnestie erlassene Entsch. unbeachtet lassen darf. In Fällen dieser Art aber gilt der vom RG. aufgestellte Grundsatz für die Entsch. aller Instanzen, nicht nur für die des RevG. Angenommen, ein Sondergericht, dessen Urt. mit der Verkündung rechtskräftig werden, hätte am 10. Aug. 1934, noch bevor es von dem AmnestieG. etwas erfahren hatte, einen Angekl., dessen Tat unter die Amnestie fällt, zu Strafe verurteilt, so würde auch dieses Urt. trotz seiner formellen Rechtskraft als nicht ergangen anzusehen sein. Wenn dagegen ein Sondergericht — wie es vorgekommen ist — in einem späteren Zeitpunkt die Amnestie übersieht und den Angekl. verurteilt, der nicht hätte verurteilt werden dürfen, so ist das Urt. auch materiell gültig, und es ist Sache der Gnade, die eingetretenen Rechtsfolgen der Verurteilung zu beseitigen.

Einer weiteren „rechtlichen“ Begründung bedarf die Annahme, daß in den gedachten Sonderfällen die der Amnestie widersprechende Entsch. unbeachtet bleiben darf, nicht. Sie findet ihre hinreichende Begründung in der Erwägung, daß es nicht dem Willen des Gesetzes entspricht, einer der wirklichen Rechtslage widersprechenden Entsch. rechtliche Bedeutung beizumessen, die lediglich darauf beruht, daß der Richter die im Zeitpunkt seiner Entsch. geltenden Vorschriften nicht kennen konnte.

III. In einem Punkte fordern die Entscheidungsgründe zum Widerspruch heraus. Das Urt. führt aus, daß der Ruhegehaltsverlust nach § 33 BRAndG. eine Nebenfolge i. S. des § 7 Abs. 1 StraffreihG. v. 7. Aug. 1934 sei, die „zweifelsohne“ wegfalle, wenn die (rechtskräftig festgesetzte) Hauptstrafe durch das AmnestieG. erlassen sei. Dies trifft indessen nicht zu. Denn zunächst ist der Ruhegehaltsverlust keine Nebenfolge im Sinne der genannten Vorschrift (über den Begriff der Nebenfolge in Amnestiegesetzen vgl. Schäfer: DJ. 1936, 720), vielmehr ein Bestandteil des Verlusts der Amtsfähigkeit, also einer Nebenstrafe. Wie bei dem aktiven Beamten mit der Aberkennung der Amtsfähigkeit der Verlust des bekleideten Amtes verbunden ist (vgl. § 35 Abs. 2 StGB.), so verbindet sich beim Ruhestandsbeamten mit der Aberken-

nung der Amtsfähigkeit der Verlust derjenigen Rechte, die sich aus der früher bekleideten Amtsstellung ergeben. Auf Nebenstrafen aber erstreckt sich nach § 7 a. a. O. der Straferlaß nur insoweit, als sie noch nicht vollstreckt sind. Der Verlust der bekleideten Ämter und des Ruhegehaltsanspruchs aus einem früher bekleideten Amt als Folge der Aberkennung der Amtsfähigkeit tritt mit Urteilsrechtskraft ein; mit diesem Zeitpunkt ist die Nebenstrafe insoweit vollstreckt. Im gnaden- und amnestierechtlichen Schrifttum besteht denn auch übereinstimmung, daß der mit Urteilsrechtskraft eingetretene endgültige Verlust einer durch einen individuellen Rechtsakt erlangten Rechtsstellung, der an die Verurteilung zur Zuchthausstrafe sowie an den Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte und den der Amtsfähigkeit geknüpft ist, nicht dadurch behoben wird, daß die Zuchthausstrafe und ihre Nebenwirkungen oder daß die Aberkennung der Ehrenrechte oder der Amtsfähigkeit durch Amnestie oder Einzelgnadenerweis erlassen werden. Der Gnadenakt verleiht vielmehr, soweit er nicht ausdrücklich die Wiederverleihung der verlorenen Rechtsstellung ausspricht, lediglich die Fähigkeit wieder, eine solche Rechtsstellung künftig zu erlangen.

Selbst wenn man den Ruhegehaltsverlust als eine Nebenfolge ansehen wollte, wäre das Ergebnis kein anderes. Denn wenn auch im Wortlaut des § 7 bei den Nebenfolgen — anders als bei den Nebenstrafen, Sicherungsmaßregeln und Kosten — nicht ausdrücklich hervorgehoben ist, daß sie von der Amnestie nur insoweit erfaßt wurden, als sie noch nicht vollstreckt sind, so kann doch kein Zweifel sein, daß diese Einschränkung nach der Natur der Sache auch hier gelten muß (vgl. Schäfer: JW. 1934, 2302). Daß dies nicht anders sein kann, ergibt sich ohne weiteres, wenn man annimmt, das auf Aberkennung der Amtsfähigkeit lautende Urt. sei am 1. April 1934 rechtskräftig geworden. Sowenig ein aktiver Beamter das mit diesem Zeitpunkt verlorene Amt durch eine mehrere Monate später in Kraft tretende Amnestie wieder erlangt, sowenig beseitigt die Amnestie bei einem Ruhestandsbeamten den mit diesem Zeitpunkt eingetretenen Verlust des Ruhegehaltsanspruchs rückwirkend oder ex nunc und läßt den verlorenen Anspruch wieder aufleben. Hier kann, wie gesagt, nur durch Einzelgnadenerweis geholfen werden.

Für die vorliegende Entsch. ist dieser Punkt allerdings ohne jede Bedeutung. Denn da, wie wir sahen, davon auszugehen ist, daß das Urt. der StrK. überhaupt nicht rechtskräftig geworden ist, so ist die Frage, in welchem Umfang rechtskräftig erkannte Strafen usw. erlassen werden, ohne Interesse.

OLGR. Dr. K. Schäfer, Berlin.

Reichsgericht: Strafsachen

Strafgesetzbuch

**12. § 2b StGB. Bei der Feststellung des mildesten Gesetzes i. S. § 2b StGB. ist nicht, wie im Fall des § 73 StGB., von den abstrakten Strafdrohungen auszugehen, sondern festzustellen, welche Strafe im gegebenen Fall angemessen wäre, wenn zweifelsfrei eindeutig die eine Handlung, und welche Strafe, wenn zweifelsfrei die andere Handlung nachgewiesen erschiene.

In sachlicher Hinsicht wird von der Rev. Verletzung des § 2b StGB. im Falle der Ziff. 3 des Urteils gerügt. In diesem Falle ist der Angekl. in der Urteilsformel des fortgesetzten, teils schweren Diebstahls im Rückfalle schuldig gesprochen. Aus den Urteilsgründen ergibt sich aber, daß eine wahlweise Feststellung dahin in Frage steht, daß der Angekl. des fortgesetzten, teils schweren Diebstahls (Fälle 3a, b und c) oder eines solchen Diebstahls (Fälle 3a und b) und der gewerbs- und gewohnheitsmäßigen Hehlerei nach §§ 259, 260 StGB. (Fälle 3c) schuldig erachtet worden ist (§ 267b StPO.).

Die Rev. bemängelt, daß die Strafe aus § 244 StGB. und nicht aus § 260 StGB. entnommen worden sei, obwohl letztere Vorschrift bei der Versagung mildernder Umstände gegenüber § 244 die mildere Strafe enthalte. Die Rüge muß, obwohl sie in dieser Form nicht zutrifft, doch zur Aufhebung des Urteils führen, da die StrK. den § 2b StGB. verletzt hat.

Bei der Strafzumessung sind nur die §§ 242, 244 StGB. aufgeführt, obwohl ein fortgesetzter, teils schwerer Diebstahl vorliegt. Es darf aber angenommen werden, daß die StrK. die Strafe für die ganze fortgesetzte Tat der Strafdrohung des § 244 StGB. über den schweren Diebstahl entnommen hat, wie es die Rspr. in solchen Fällen für nötig bezeichnet (RGSt. 57, 81; Urteil 1 D 825/33 v. 29. Sept. 1933: LZ. 1933, 1339). Rechtsirrig ist aber die Auffassung der StrK., daß die Strafdrohung des § 244 StGB. über den schweren Diebstahl wegen der Möglichkeit der Annahme mildernder Umstände das mildere Gesetz i. S. des § 2b StGB. gegenüber den §§ 259, 260 StGB. sei. Denn bei der Feststellung des mildesten Gesetzes i. S. des § 2b StGB. ist nicht wie im Falle des § 73 StGB. von den abstrakten Strafdrohungen auszugehen, sondern festzustellen, welche Strafe im gegebenen Fall angemessen wäre, wenn zweifelsfrei eindeutig die eine Handlung, und welche Strafe, wenn zweifelsfrei eindeutig die andere Handlung nachgewiesen erschiene (JW. 1936, 198[18] mit Anm. = RGSt. 69, 369). Jenes Gesetz, auf Grund dessen sich so nach den konkreten Umständen des Falles die mildere Strafe ergibt, ist in der Urteilsformel als verletzt zu bezeichnen und bildet die Grundlage für die Strafe nach § 2b StGB. Daß die Straftaten im Falle 3c. und auch im Falle 3a vor dem 31. Aug. 1935 begangen sind, steht der Anwendung dieser Grundsätze nicht entgegen (RGSt. 69, 373 letzter Absatz).

Im vorl. Falle besteht nun die Besonderheit, daß für die Fälle 3c, die an sich allein für die wahlweise Feststellung in Betracht kommen, keine besondere Diebstahlsstrafe ausgesprochen werden kann, weil diese Fälle in dem fortgesetzten, teils schweren Diebstahl (Fälle 3a, b und c) enthalten sind und nur für diese Fortsetzungstat eine Strafe in Frage kommt. Es ist deshalb nötig, in entsprechender Anwendung des § 2b StGB. auf der einen Seite die Strafe für den fortgesetzten, teils schweren Diebstahl (Fälle 3a, b und c) und auf der anderen Seite die Gesamtstrafe für den fortgesetzten, teils schweren Diebstahl (Fälle 3a und b) und die gewerbs- und gewohnheitsmäßige Hehlerei (Fälle 3c) nach Maßgabe der vorstehenden Ausführungen über die Findung des mildesten Gesetzes miteinander in Vergleich zu stellen und je nach dem Ergebnis den Angekl. zu verurteilen.

Bei der hiernach vorzunehmenden neuen Beurteilung handelt es sich nur um die rechtliche Würdigung des festgestellten Tatbestandes nach der Schuld- und der Strafseite. Es können deshalb die tatsächlichen Feststellungen zu den Fällen 3a, b und c bestehen bleiben (RGSt. 69, 376 vorletzter Absatz); das Urteil muß unter Aufrechterhaltung dieser Feststellungen nur im Schuld- und Strafausspruch sowie hinsichtlich der Gesamtstrafe und der Nebenstrafen aufgehoben werden.

(2. Sen. v. 6. Aug. 1936; 2 D 461/36.)

*

13. §§ 42e, 42f StGB. Im Urteil ist nur die Unterbringung schlechthin anzuordnen, aber nicht ihre Dauer festzusetzen.

Nach § 42f StGB. gilt für die Unterbringung nach § 42a bis e der Grundsatz, daß die Unterbringung so lange dauert, wie ihr Zweck es erfordert. Nach § 42f Abs. 2 ist allerdings für die Unterbringung in einer Trinkerheilanstalt eine gesetzliche Höchstgrenze von zwei Jahren festgesetzt. Dadurch ist aber nichts daran geändert, daß innerhalb dieser Höchstgrenze die Dauer der Unterbringung nach dem Grundsatz des § 42f Abs. 1 StGB. sich regelt. Daraus ergibt sich, daß die Dauer dieser Unterbringung nicht von vornherein vom Gericht im Urteil

festzusetzen ist. Denn wie lange die Unterbringung dauern muß, um ihr Ziel zu erreichen, läßt sich nicht im voraus entscheiden, sondern kann sich erst aus ihrer Wirkung ergeben. Daher hat das Urteil nur die Unterbringung nach § 42e schlechthin anzuordnen, ohne ihre Dauer zu bestimmen.

(2. Sen. v. 20. Aug. 1936; 2 D 489/36.)

*

** **14.** §§ 49, 211 StGB. Beihilfe zum Selbstmord ist nach geltendem Recht nicht strafbar.

Der Angekl. hat der Frau W. geholfen, ihr Leben durch Erhängen zu beenden, indem er ihr die Schlinge geknotet und den Strick um die Zaunlatte geschlungen hat. Er war sich dabei bewußt, daß Frau W. sich in dieser Schlinge erhängen wollte, und er wollte dieses Vorhaben der Frau W. durch seine Tat fördern. Er hat ihr also zu ihrer Tat wissentlich Hilfe geleistet.

Die Beihilfe zu einer Selbsttötung ist aber nach dem geltenden Rechte nicht strafbar. Nach dem § 49 StGB. wird als Gehilfe bestraft, wer dem Täter zur Begehung eines Verbrechens oder Vergehens durch Rat oder Tat wissentlich Hilfe geleistet hat. Frau W.s Tat — ihre Selbsttötung — ist nach dem geltenden Rechte keine strafbare Handlung; mithin ist die Beihilfe dazu auch nach dem § 49 StGB. nicht strafbar.

Die Beihilfe zur Selbsttötung ist auch nicht unter entsprechender Anwendung der Strafgesetze gem. dem § 2 StGB. n. F. strafbar. Die Selbsttötung ist nicht mit Strafe bedroht. Bestraft wird die Tötung eines anderen Menschen, die Vernichtung eines fremden Lebens; auf diesem Grundgedanken beruhen die Bestimmungen über die Strafbarkeit von Tötungshandlungen. Die Strafbarkeit der Selbsttötung oder der Beihilfe zu einer Selbsttötung würde auf einem anderen Grundgedanken beruhen, nämlich auf dem Gedanken, daß auch die Vernichtung des eigenen Lebens mit Strafe bedroht sein solle. Die Vorschr. über die Tötung eines anderen Menschen und über die Beihilfe dazu können daher nicht gem. dem § 2 StGB. n. F. auf die Selbsttötung oder auf die Beihilfe zur Selbsttötung entsprechend angewendet werden. Mit dieser Beurteilung einer Beihilfe zur Selbsttötung nach dem geltenden Rechte ist nicht ausgesprochen, daß eine solche Beihilfe erlaubt sei, wohl aber, daß kein Bedürfnis nach einer Bestrafung besteht. Zu demselben Ergebnis haben auch die Beratungen des amtlichen Ausschusses über den Entwurf eines deutschen StGB. geführt; danach soll auch im kommenden deutschen Strafrecht die bloße Hilfeleistung bei der Selbsttötung nicht bestraft werden (vgl. „Das kommende Deutsche Strafrecht", Besond. Teil, 2. Aufl., 1936, S. 377).

Die Handlungsweise des Angekl. entspricht auch weder dem Tatbestand eines anderen geltenden Strafgesetzes, noch verdient sie nach dem Grundgedanken eines solchen Bestrafung; gegen die Freisprechung des Angekl. bestehen mithin keine rechtlichen Bedenken.

(3. Sen. v. 14. Sept. 1936; 3 D 244/36.)

*

15. 1. Bei § 51 StGB. braucht nur eine Störung, eine Beeinträchtigung des Bewußtseins vorzuliegen, die den Verstand oder den Willen entscheidend beeinflußt. Eines völligen Fehlens des Bewußtseins bedarf es nicht.

2. Bei der Strafzumessung kann nicht „der Mißbrauch deutscher Jugend" als Erschwerungsgrund mit in die Waagschale geworfen werden. Dieser Gedanke ist schon für die Festlegung des Strafmaßes mitbestimmend gewesen, so daß seine Heranziehung bei der Strafzumessung zu vermeiden ist (RGSt. 57, 379; 59, 426; 70, 220, 223 = JW. 1936, 2234[32] m. Anm. u. a. m.).

(3. Sen. v. 14. Sept. 1936; 3 D 507/36.)

*

16. § 51 StGB. Die Feststellung, der Täter sei nicht sinnlos betrunken gewesen, genügt nicht den Anforderungen, die an die Behandlung der Frage der Zurechnungsfähigkeit (§ 51 Abs. 1) und der erheblich verminderten Zurechnungsfähigkeit (§ 51 Abs. 2 StGB.) im Falle starker Angetrunkenheit gestellt werden müssen (vgl. Urteil des Senats vom 25. Juni 1936, 2 D 374/36). Es genügt nicht „sinnlose" Trunkenheit zu verneinen. Auch ohne daß sie vorliegt, kann übermäßiger Genuß geistiger Getränke einen Rauschzustand erzeugen, der sich in einer krankhaften Störung der Geistestätigkeit äußert. Es bedarf der Prüfung, wieweit durch die Trunkenheit die freie Willensbestimmung beeinträchtigt, wieweit die Fähigkeit, durch vernunftgemäße Erwägungen das Handeln zu bestimmen, herabgesetzt worden ist und hierdurch Hemmungen beseitigt oder abgeschwächt worden sind (RGSt. 63, 46, 48).

(2. Sen. v. 17. Sept. 1936; 2 D 512/36.)

*

17. §§ 169, 263, 43 StGB. Unterdrückung des Personenstandes durch wissentlich falsche Bezeichnung des Erzeugers eines Kindes in Tateinheit mit Betrugsversuch durch falsche Bezeichnung des Erzeugers im Unterhaltsprozeß. Zum Begriff der „gewinnsüchtigen Absicht".

Die Angekl. hat wiederholt vor dem zuständigen Jugendamt und bei ihrer zeugenschaftlichen Vernehmung im Unterhaltsprozeß wider besseres Wissen den O. als den Vater ihres unehelichen Kindes bezeichnet. Ohne erkennbaren Rechtsirrtum findet die StrK. darin den äußeren Tatbestand des § 169 StGB. in der Form der Unterdrückung „des Personenstandes des Kindes" (vgl. RGSt. 34, 427; 41, 301 [304]; auch RGSt. 70, 18 = JW. 1936, 657[24] sowie RGEntsch. 4 D 987/35 v. 21. Jan. 1936 [JW. 1936, 730[12]]). Insbes. bestehen angesichts der Bedeutung der Aufgaben, die dem Jugendamt durch das RJugWohlfG. v. 9. Juli 1922 (RGBl. I, 633) — nebst Änderungen — zugewiesen sind, keine Bedenken gegen die Annahme, daß Erklärungen der Mutter eines unehelichen Kindes vor dieser Behörde, wie sie hier von der Angekl. abgegeben worden sind, eine „Unterdrückung" des Personenstandes zur Folge haben können (vgl. insbes. Abschn. IV des erwähnten Gesetzes).

Bedenken erregt die Annahme, die Angekl. habe „in gewinnsüchtiger Absicht" gehandelt. Wie der 1. Sen. in seinem Urt. 1 D 228/35 v. 20. Dez. 1935 (Deutsche Rechtspflege 1936 Sp. 132 Nr. 162) darlegt, erfordert der Begriff der Gewinnsucht — auch i. S. des § 169 — ein übermäßiges sittlich anstößiges Streben nach Gewinn (vgl. auch RGSt. 60, 306). Daran fehlt es aber, wenn eine uneheliche Mutter, die sich in ungünstigen Verhältnissen befindet, einen Unterhaltsbeitrag für ihr Kind zu erlangen sucht, um den sonst vielleicht gefährdeten Unterhalt des Kindes sicherzustellen.

Die StrK. hat die Frage unentschieden gelassen, ob darin, daß O. durch Versäumnisurteil als Vater des unehelichen Kindes festgestellt und zur Entrichtung eines Unterhaltsbeitrags verurteilt worden sei, eine „Veränderung" des Personenstandes gefunden werden könne. Hierauf kommt es unter den gegebenen Umständen nicht entscheidend an, da der hier in Betracht kommende Tatbestand der „Unterdrückung" als gleichwertig mit dem der „Veränderung" des Personenstandes anzusehen ist (RGSt. 10, 86, insbes. 92). Es sei jedoch auf die §§ 640 f. (insbes. 640 Abs. 1 [618], 644) ZPO. hingewiesen. Die Feststellung der Vaterschaft im Unterhaltsprozeß eines unehelichen Kindes gegen seinen Erzeuger berührt lediglich die Beziehungen der Streitteile untereinander, hat aber keine Wirkung für und gegen alle; durch ein Versäumnisurteil vollends kann der Personenstand nicht „verändert" werden.

Nicht zu beanstanden ist die Annahme, die Angekl. habe sich durch ihre wissentlich unwahren Angaben bei ihrer zeugenschaftlichen Vernehmung im Unterhaltsprozeß des Betrugsversuchs schuldig gemacht (RGSt. 69, 44 = JW. 1935, 956[42] m. Anm.). Der Betrugsversuch kann sowohl mit der einfachen als auch mit der gewinnsüchtigen Personenstandsfälschung tateinheitlich zusammentreffen.

(3. Sen. v. 25. Juni 1936; 3 D 263/36.)

*

18. Es ist daran festzuhalten, daß die Verkennung des Begriffs der Schwägerschaft im Rahmen des § 173 Abs. 2 StGB. als strafrechtlicher und daher nicht als ein nach § 59 StGB. beachtlicher Irrtum anzusehen ist (RGSt. 34, 419). Die Vorschriften des BGB. über Verwandtschaft und Schwägerschaft sind durch Art. 33 EGBGB. nur insoweit für allgemein anwendbar erklärt worden, als in dem GVG., der ZPO., der StPO., der KO. und dem AnfG. an die Verwandtschaft und Schwägerschaft rechtliche Folgen geknüpft sind (RGSt. 34, 418). Gerade dem Strafrecht gegenüber hat man davon abgesehen, es an die Vorschriften des BGB. über Verwandtschaft und Schwägerschaft zu binden (RGSt. 41, 113; 56, 427; 60, 246).

(3. Sen. v. 1. Juli 1936; 3 D 169/36.)

*

19. Der Begriff des Lehrers i. S. des § 174 Abs. 1 Nr. 1 StGB. setzt ein „Autoritätsverhältnis" voraus, d. h. ein Verhältnis geistiger und sittlicher Unterordnung, wie es zwischen Lehrenden und Lernenden naturgemäß ist (vgl. RGSt. 62, 33). Ein solches Verhältnis ist auch zwischen dem landwirtschaftlichen Betriebsinhaber und der Landhelferin anzunehmen.

(5. Sen. v. 27. April 1936; 5 D 250/36.)

*

****20.** § 175 a. F. StGB. Unter widernatürlicher Unzucht zwischen Männern i. S. § 175 StGB. a. F. sind nur beischlafsähnliche Handlungen zu verstehen.

Nach den Feststellungen des LG. hat der damals wohnungslose Pferdepfleger W. im Herbst 1932 in dem Privathotel der Mutter des Angekl. K. übernachtet, nachdem K. ihm zu verstehen gegeben hatte, daß er ihn geschlechtlich befriedigen müsse. Nachdem sich beide gedrückt und geküßt hatten, mußte W. in die Brust des Angekl. kneifen und beißen. Dadurch kam es bei K. zur Erektion und zum Samenerguß.

Das LG. hat in diesem Falle ein Vergehen gegen § 175 StGB. a. F. angenommen, obwohl es selbst ausgeführt hat, beischlafsähnliche Handlungen hätten sich in diesem Falle nicht feststellen lassen. In bewußter Abweichung von der ständigen Rspr. des RG., wonach zum Tatbestande des § 175 StGB. a. F. beischlafsähnliche Handlungen gehören, hat es ausgeführt, eine solche auf geschlechtliche Befriedigung abzielende Betätigung, wie sie der Angekl. getrieben habe, müsse als „widernatürliche Unzucht" zwischen Männern angesehen werden, da es kaum etwas Widernatürlicheres gebe. Das Gesetz stehe dieser Auslegung nicht entgegen, da sein Wortlaut keine Einschränkungen im Sinne der bisherigen Rspr. des RG. enthalte. Weder die begriffliche Auslegung des RG. in seinem Urteil RGSt. 2, 237 noch der Hinweis auf die geschichtliche Entwicklung dieser Gesetzesbestimmung in dem Urteil RGSt. 1, 662 zwänge zu einer solchen Einschränkung. Aber selbst wenn frühere Gesetze auf diesem Standpunkt gestanden hätten und dies auch der Standpunkt der Motive zum Entwurf des StGB. gewesen sei, so sei dies kein Grund, an dieser veralteten Auffassung festzuhalten. Auch die Auslegung älterer Gesetze müsse sich der jeweiligen, im Volke verankerten Auffassung anpassen. Jeder körperlich und geistig gesunde Mann werde aber eine geschlechtliche Befriedigung unter seinesgleichen als naturwidrig empfinden und ablehnen. Daß die Handlung beischlafsähnlich sei, könne höchstens strafschärfend berücksichtigt werden. Wie wenig das allgemeine Volksempfinden mit der Rspr. des RG. im Einklang gestanden habe, beweise am besten die Tatsache, daß die Regierung durch das Gesetz v. 28. Juni 1935 in dem § 175 StGB. a. F. das Wort „widernatürlich" gestrichen habe. Dadurch sei eine Lücke im Gesetze geschlossen worden, die aber bereits durch eine entsprechende Auslegung des Gesetzes hätte geschlossen werden können.

Diese Ausführungen beruhen auf einem Rechtsirrtum (vgl. schon RGUrt. v. 18. Okt. 1935, 4 D 902/35: JW. 1936, 260[18]). Bei der Auslegung einer Strafbestimmung, deren Tatbestand nicht mit völlig klar bezeichneten Handlungen angegeben wird, sondern die statt ihm einen Rechtsbegriff nennt, wie dies der § 175 StGB. durch die Worte „widernatürliche Unzucht" tut, ist grundsätzlich zunächst die ihr vorausgegangene geschichtliche Entwicklung zu betrachten und zu prüfen, welche Taten der Gesetzgeber hat unter Strafe stellen wollen. Tut man dies im vorl. Falle, so ist kein Zweifel möglich, daß der Gesetzgeber im § 175 StGB. a. F. nicht jede Unzucht unter Männern, wie in § 175 StGB. n. F., sondern nur beischlafsähnliche Handlungen hat bestrafen wollen.

Schon die Vorgeschichte des § 143 PrStGB., der als Tatbestand dieselben Worte wie § 175 StGB. a. F. enthielt, zeigt mit aller Deutlichkeit, daß als „widernatürliche Unzucht zwischen Personen männlichen Geschlechts" nur beischlafsähnliche Handlungen im oder am Körper eines anderen Mannes bestraft werden sollten (vgl. Die Materialien zum StGB. für die preuß. Staaten, Teil II, 1852, Bem. 1—3 zu § 143, S. 293/95 und das dort angeführte Schrifttum). Auch die Rspr. zu § 143 PrStGB. hat hieran festgehalten (vgl. Urt. des PrObTrib. v. 1. Juli 1853: Entsch. des Kgl. ObTrib. 26, 403/06; Plenarbeschluß des PrObTrib. v. 13. April 1863: Die Rspr. des Kgl. ObTrib. in Strafsachen, hrsg. von Oppenhoff, Bd. 3 S. 385/89).

Da der § 175 StGB. a. F. den § 143 PrStGB. im Tatbestand wörtlich übernommen hat, ohne sachlich etwas ändern zu wollen (vgl. Motive zum Entw. eines StGB. für den Norddeutschen Bund S. 100/01 zu § 173 des Entw.), hat auch das RG. in ständiger Rspr. daran festgehalten, daß unter widernatürlicher Unzucht zwischen Männern i. S. des § 175 StGB. a. F. nur beischlafsähnliche Handlungen, und zwar nicht nur im, sondern auch am Körper eines anderen Mannes zu verstehen sind. Die Begründung dieser Rspr. stützt das RG. teils auf die Vorgeschichte (vgl. RGSt. 1, 396/97; RG. Rspr. 1, 663; 4, 493), teils auf den Wortlaut der Strafbestimmung, und zwar auf die Worte a) „widernatürliche" (vgl. RGSt. 2, 237), b) „Unzucht" im Gegensatze zu „unzüchtigen Handlungen" (vgl. RG. Rspr. 1, 663; RGSt. 1, 396/97) und c) „zwischen" (vgl. RGSt. 20, 225, 226). In den weiteren Entsch. ist ohne nähere Begründung stets nur die oben gekennzeichnete Rspr. des RG. aufrechterhalten worden (vgl. RGSt. 2, 200, 201; RG. Rspr. 3, 151, 152; RGSt. 3, 212; RG. Rspr. 10, 416/17; RGSt. 23, 289/91; RGUrt. I vom 8. Jan. 1898: GA. 46, 112/13; RGSt. 34, 245/49; 36, 32/33; RGUrt. v. 30. Okt. 1913, 1 D 710/13: GA. 61, 348/49; RGUrt. v. 18. April 1913, 4 D 103/13: JW. 1913, 935[9]; RGSt. 48, 234/35; 64, 108/10; JW. 1935, 2732[14] = RGSt. 69, 273/74). Nur insoweit ist die Rspr. des RG. seit dem in RGSt. 69, 273/76 abgedruckten Urteil des früheren 5. StrSen. v. 1. Aug. 1935 geändert worden, als die Onanie am Körper eines anderen Mannes nicht mehr schlechthin als nicht beischlafsähnlich bezeichnet wird, sondern daß es dem Tatrichter überlassen bleiben muß, ob er in solchem Falle eine beischlafsähnliche Handlung annimmt (vgl. RGUrt. vom 3. Sept. 1935, 4 D 650/35; RGUrt. v. 18. Okt. 1935, 4 D 902/35: JW. 1936, 260[18]; RGUrt. v. 21. Dez. 1935, 6 D 498/35: JW. 1936, 881[23]). Dieser Rspr. tritt der erk. Sen. in vollem Umfange aus den angeführten Gründen, insbes. wegen der Vorgeschichte des § 175 StGB. a. F., bei.

Der Gesetzgeber hat also wie schon in § 143 PrStGB. so auch in § 175 StGB. a. F. mit den dort gebrauchten Worten „widernatürliche Unzucht zwischen Personen männlichen Geschlechts" nur zwischen Männern begangene beischlafsähnliche Handlungen im Körper oder am Körper eines anderen Mannes

unter Strafe stellen wollen, nicht dagegen andere mit natürlichem Geschlechtsempfinden ebenfalls im Widerspruch stehende unzüchtige Handlungen zwischen Männern, obwohl auch solche Handlungen stets als höchst verwerflich vom Standpunkte der Moral angesehen worden sind (vgl. schon das Urt. des OLG. Breslau v. 18. Juli 1837: Zentralbl. für Preuß. Juristen 1839 Sp. 494/98 und 516/25 in Sp. 521; RGSt. 2, 238; 6, 212; RG. Rspr. 10, 493).

Das LG. meint, man dürfe, selbst wenn frühere Gesetze unter widernatürlicher Unzucht nur die obenbezeichneten Handlungen hätten unter Strafe stellen wollen, „an dieser veralteten Auffassung" nicht festhalten, da auch die Auslegung älterer Gesetze sich der jeweiligen, im Volke verankerten Auffassung anpassen müsse und jeder körperlich und geistig gesunde Mann eine geschlechtliche Befriedigung unter seinesgleichen als naturwidrig empfinden und ablehnen werde; die Beischlafsähnlichkeit der Handlung könne höchstens als strafschärfend berücksichtigt werden. Von diesen Ausführungen ist nur so viel richtig, daß selbstverständlich jedes ältere Gesetz unter Zugrundelegung der nationalsozialistischen Weltanschauung ausgelegt werden muß und es dann im Einzelfalle durchaus möglich ist, zu anderen Ergebnissen zu gelangen als zu einer Zeit, wo diese Weltanschauung noch nicht das Volk beseelte. Aber dies kann nicht dazu führen, daß Strafbestimmungen, durch die nur ganz bestimmte Handlungen unter Strafe gestellt werden sollten, jetzt auf Handlungen angewendet werden dürften, die nach dem Willen des Gesetzgebers nicht unter Strafe gestellt werden sollten. Die seit dem 1. Juli 1853 in Preußen und seit dem 23. April 1880 im Deutschen Reiche ständige Rspr. ging, obwohl auch nicht beischlafsähnliche unzüchtige Handlungen zwischen Männern stets als vom sittlichen Standpunkte höchst verwerflich angesehen wurden, doch dahin, daß der Gesetzgeber selbst diese Straftaten dennoch habe straffrei lassen wollen. Diese Auslegung des Gesetzes muß den früheren Gesetzgebern bekanntgeworden sein, und trotzdem wurde das Gesetz nicht geändert. Änderte sich in neuerer Zeit die allgemeine Volksanschauung dahin, daß auch in solchen Fällen gerichtliche Bestrafung für nötig erachtet wurde, so mußte der Gesetzgeber eingreifen und durch Beseitigung der von ihm aufgestellten Schranke dem Richter die Möglichkeit geben, auch diese Handlungen zu bestrafen. Der Richter, der an das Gesetz gebunden ist, darf dieses nicht eigenmächtig auf Fälle anwenden, auf die es der Gesetzgeber nicht hat angewendet wissen wollen.

Einer Erörterung auf Grund der neuen Fassung des § 2 StGB. bedarf es nicht, da sie zur Zeit der Tat noch nicht galt.

Rechtsirrig ist auch die Ausführung des LG., die Tatsache, daß die Regierung durch das Gesetz v. 28. Juni 1935 in dem neuen § 175 StGB. das Wort „widernatürliche" gestrichen habe, beweise am besten, wie wenig das allgemeine Volksempfinden mit der Rspr. des RG. im Einklang gestanden habe. Das LG. hat damit sagen wollen, die Rspr. des RG. habe nicht dem Gesetz entsprochen, und es habe der Abänderung des Gesetzes nicht bedurft, das RG. hätte selbst eine andere Gesetzesauslegung vornehmen müssen. Aus der Änderung des Gesetzes geht aber nur hervor, daß die Reichsregierung es als notwendig erachtet hat, die Schranken zu beseitigen, die der § 175 StGB. a. F. nach der Rspr. einer Bestrafung unzüchtiger Handlungen zwischen Männern gesetzt hatte.

Überdies ist der § 175 StGB. n. F. nicht einfach in abgeänderter Form an die Stelle des § 175 StGB. a. F. getreten; es gelten vielmehr jetzt statt des § 175 StGB. a. F. die §§ 175, 175a und 175b StGB. n. F.

(5. Sen. v. 6. Aug. 1936; 5 D 498/36.)

*

****21.** § 175 StGB. a. F. u. n. F. Widernatürliche Unzucht. Bei Unzucht mit verschiedenen Männern ist die Annahme einer fortgesetzten Handlung abzulehnen.

Der Angekl. ist wegen fortgesetzten Vergehens gegen § 175 StGB. n. F. verurteilt worden, weil er vom Sommer 1931 bis Sommer 1934 mit fünf Männern Unzucht getrieben hat (§ 2a StGB.). Seine Rev. bemängelt die Annahme einer fortgesetzten Handlung und die Nichtanwendung des StrafreihG. v. 7. Aug. 1934. Die erste Rüge muß durchgreifen.

Zunächst ist zu beanstanden, daß die StrK. den Umstand nicht besonders gewürdigt hat, daß zwischen den Straftaten jeweils größere Zwischenräume liegen. Nach der Rspr. des RG. muß aber die ganze Reihe der eine fortgesetzte Tat bildenden Teilhandlungen sich äußerlich als ein in sich abgeschlossener, einheitlicher Vorgang darstellen, so daß eine gewisse „Kontinuität" (Stetigkeit) der sämtlichen Handlungen in die Erscheinung tritt. Daraus ergibt sich, daß bei längeren Zwischenräumen, welche den Zusammenhang unterbrechen, die dennoch vorhandene Zusammengehörigkeit der Teilhandlungen besonders begründet werden muß (RGSt. 52, 233, 234; 58, 19, 20; RGUrt.: JW. 1928, 2269[67]; 1933, 2336[10]; 2 D 138/36 v. 14. Mai 1936).

Entscheidend aber sind folgende Erwägungen.

Der Große Senat des RG. hat in der Sache GSSt 2/36/ 5/6 D 96/36 in dem Beschl. v. 11. Juli 1936: JW. 1936, 2551[23] sich dagegen ausgesprochen, daß die Rspr. in dem Umfang wie bisher mit dem im StGB. nicht enthaltenen Begriff der fortgesetzten Handlung arbeite, obwohl damit eine Reihe erheblicher Nachteile für die Rechtspflege verbunden sei. Der Große Senat hat weiter ausgeführt, daß es mit Rücksicht auf die Bedürfnisse der Praxis zwar gerechtfertigt werden könne, beim Vorliegen einer großen Zahl auf Grund eines einheitlichen Vorsatzes verübter Diebstähle und Betrügereien eine fortgesetzte Handlung anzunehmen, daß aber eine Übertragung der für diese Deliktsarten aufgestellten Regeln auf anders geartete Gebiete durch das praktische Bedürfnis nicht gefordert werde; schon die bisherige Praxis habe die Annahme einer fortgesetzten Handlung bei Straftaten, die sich gegen Leben, Gesundheit, Ehre oder sittliche Reinheit verschiedener Volksgenossen richten, grundsätzlich nicht zugelassen; ob allerdings die bisherige Begründung, daß es sich hier um Verletzung höchstpersönlicher Rechtsgüter handle, angesichts der fortschreitenden Erkenntnis aufrechterhalten werden könne, daß jede Strafvorschrift in erster Reihe dem Schutze des gesamten Volkes dient, könne zweifelhaft erscheinen. Aber an dem Ergebnis, daß in diesen Fällen eine fortgesetzte Handlung nicht angenommen werden dürfe, sei festzuhalten; das gesunde Rechtsempfinden lasse es nicht zu, daß jemand, der auf Grund eines von vornherein bis ins kleinste durchgedachten Vorsatzes in längeren Zeitabständen mehrere Menschen ums Leben bringt oder sich an mehreren Kindern vergeht, so behandelt wird, als habe er nur einen Mord oder nur ein Sittlichkeitsverbrechen begangen; ein zwingendes praktisches Bedürfnis hierfür liege nicht vor. Der Große Senat hat deshalb dahin entschieden, daß bei wiederholten Verbrechen nach § 176 Abs. 1 Nr. 3 StGB. ein Fortsetzungszusammenhang rechtlich nicht möglich sei, wenn sich die Handlungen gegen verschiedene Kinder richten.

Die Annahme des angef. Urteils, daß im Falle des § 175 StGB. a. F. Fortsetzungszusammenhang möglich sei, auch wenn die Handlungen mit verschiedenen Männern begangen sind, wird durch die Entsch. des 1. Sen. in JW. 1936, 1674[12] = RGSt. 70, 145 gestützt. Allein die Ausführungen des Großen Senats zwingen zu der Prüfung, ob an dieser Entsch. des 1. Sen. noch festgehalten werden kann. Der erk. Sen. verneint diese Frage und kehrt zu dem vor der Entsch. des 1. Sen. von der Rspr. eingenommenen Standpunkt zurück, daß bei Unzucht mit verschiedenen Männern die Annahme einer fortgesetzten Handlung abzulehnen ist. Die Gründe dafür sind folgende:

Die Entsch. in RGSt. 70, 145 beruht auf dem Gedanken, daß § 175 in erster Linie nicht ein Rechtsgut des einzelnen, sondern ein Rechtsgut der Gesamtheit schützen wolle. Es kann dahingestellt bleiben, ob das richtig ist; denn auch wenn es der Fall wäre, so würde der Entsch. des 1. Sen. doch der Boden dadurch entzogen sein, daß, wie der Große Senat jetzt ausgesprochen hat, nach der heutigen Erkenntnis jede Strafvorschrift in erster Reihe dem

Schutze des gesamten Volkes dient. Mit dieser Begründung kann also die Entsch. des 1. Sen. nicht gehalten werden. Denn diese Begründung würde die Annahme einer fortgesetzten Handlung auch im Falle des § 176 Nr. 3 StGB. rechtfertigen, da je nach den Ausführungen des Großen Senats auch diese Strafvorschrift in erster Reihe zum Schutze des gesamten Volkes erlassen ist. Da der Große Senat selbst im Falle des § 176 Nr. 3 den Gesichtspunkt der „höchstpersönlichen Rechte" beiseitegestellt hat, kann es auch für § 175 StGB. nicht darauf ankommen, daß bei Straftaten gegen ihn der Schutz höchstpersönlicher Rechte vielleicht in solchen Fällen nicht in Frage steht, in denen die volljährigen Partner in gegenseitigem Einverständnis handeln. Entscheidend sind vielmehr die Ausführungen des Großen Senats darüber, daß das Gebiet der fortgesetzten Handlung auf keinen Fall erweitert werden dürfe und daß ihre Annahme zwar bei Straftaten wie Betrug und Diebstahl aus praktischen Gründen hingenommen werden könne, daß aber eine Übertragung der für diese Deliktsarten aufgestellten Regeln auf anders geartete Gebiete vom praktischen Bedürfnis nicht gefordert werde und daß an dem Ergebnis der bisherigen Rspr. festzuhalten sei, daß die Annahme einer fortgesetzten Handlung bei Straftaten, die sich gegen Leben, Gesundheit, Ehre und sittliche Reinheit verschiedener Volksgenossen richten, abgelehnt werden müsse.

Hiernach sprechen die gleichen Gründe, welche der Große Senat dafür vorgebracht hat, daß die Annahme des Fortsetzungszusammenhangs bei wiederholten, sich gegen verschiedene Kinder richtenden Verbrechen nach § 176 Nr. 3 StGB. abzulehnen sei, auch dafür, die Möglichkeit des Fortsetzungszusammenhangs im Falle des § 175 StGB. alter und neuer Fassung bei Unzucht mit verschiedenen Männern abzulehnen.

Um von der Entsch. des 1. Sen. abzuweichen, war es nicht nötig, den Großen Senat anzurufen, da dessen Entsch. v. 11. Juli 1936 im Grunde schon die Abweichung von der Entsch. des 1. Sen. enthält, jedenfalls aber eine Abweichung auch ohne Anrufen des Großen Senats rechtfertigt.

Das Urteil mußte deshalb, da die StrK. die Möglichkeit des Fortsetzungszusammenhangs angenommen hat, aufgehoben werden Auf Grund der neuen Hauptverhandlung wird die Frage, ob das StraffreihG. v. 7. Aug. 1934 und für Straftaten, die etwa nach dem 2. Aug. 1934 liegen, das StraffreihG. v. 23. April 1936 anzuwenden ist, neu geprüft werden. Gegen die Annahme, daß § 175 n. F. gegenüber § 175 a. F. das mildere Gesetz ist, bestehen keine Bedenken, weil bei Anwendung des § 175 n. F. eine Ehrenstrafe nicht möglich und die übrige Strafdrohung die gleiche ist (RGSt. 58, 238, 239; 61, 130, 135; 64, 361). Die Anwendung des milderen Gesetzes stützt sich aber auf § 2 Abs. 2 StGB. a. F., da § 2a StGB. für Straftaten, die vor dem 1. Sept. 1935 begangen wurden, nicht anzuwenden ist (RGUrt. 1 D 1013/35 v. 10. Jan. 1936).

(2. Sen. v. 13. Aug. 1936; 2 D 442/36.)

*

22. § 176 Abs. 1 Nr. 3 StGB. Bei der Beantwortung der Frage, ob eine Handlung als unzüchtig i. S. des § 176 Abs. 1 Nr. 3 StGB. anzusehen ist, kommt es nicht entscheidend auf die möglicherweise harmlose Erscheinungsform des äußeren Geschehens, sondern wesentlich auch darauf an, ob sie, wenn sie dem sittlich empfindenden Menschen in ihrer vollen Bedeutung — insbes. auch nach der Willensrichtung des Täters — bekannt wäre, das Scham- und Sittlichkeitsgefühl in geschlechtlicher Beziehung verletzen würde (RGSt. 67, 110 = JW. 1933, 1260 [20] und RGUrt. v. 5. Dez. 1935, 3 D 824/35: JW. 1936, 389 [22]). Es geht nicht an, hinsichtlich des Begriffes der unzüchtigen Handlung den äußeren Ablauf der Vorfälle von der mit ihm verfolgten Absicht des Täters zu trennen. Beide zusammen bilden die wesentlichen Bestandteile jenes Begriffes (RGSt. 68, 193 = JW. 1934, 1577).

(3. Sen. v. 22. Juni 1936; 3 D 345/36.)

** **23.** § 176 Abs. 1 Nr. 3 StGB. Vornahme unzüchtiger Handlungen mit Personen unter 14 Jahren.

Wer zur Erregung oder Befriedigung seiner Geschlechtslust eine Person unter 14 Jahren veranlaßt, seinen oder eines Dritten entblößten Geschlechtsteil zu betrachten, verleitet sie zur Verübung einer unzüchtigen Handlung und verfehlt sich gegen § 176 Abs. 1 Nr. 3 StGB. (RG. 1 D 1327/33 v. 27. Febr. 1934 = JW. 1934, 1577 [15] = HöchstRRspr. Nr. 1257; 1 D 1250/34 v. 11. Dez. 1934 = JW. 1935, 524 [23]; 4 D 262/36 v. 28. April 1936 = JW. 1936, 1973 [37]; 1 D 859/35 v. 24. April 1936 = JW. 1936, 1973 [36] und 2 D 362/36 v. 18. Juni 1936 = JW. 1936, 2555 [33]). Das LG. hat dem Vorzeigen des entblößten Gliedes in Natur das Vorzeigen von farbigen, naturgetreuen Abbildungen nackter Geschlechtsteile gleichgestellt. Bei der hohen Entwicklung der heutigen Abbildungs- und Vervielfältigungstechnik sind hiergegen grundsätzliche Bedenken nicht zu erheben. Durch das Betrachten solcher Bilder können dem Kinde dieselben seelischen Schädigungen entstehen, wie durch das Ansehen eines Geschlechtsteils in Natur. Ob im Einzelfalle die Abbildungen ihrer Ausführung nach geeignet sind, solche Schädigungen hervorzurufen, und deshalb die erwähnte Gleichstellung angezeigt erscheint, ist Sache der tatrichterlichen Beurteilung. Einen Rechtsirrtum läßt die Entsch. des LG. nicht erkennen. Die im Schrifttum vertretene Meinung, zum Tatbestand des § 176 Abs. 1 Nr. 3, zweite Begehungsform, sei es erforderlich daß das Kind bestimmt werde, die unzüchtige Handlung an sich selbst oder an oder mit dem Körper eines Anderen (des Verleitenden oder eines Dritten) vorzunehmen, hat im Gesetze keine Stütze. Das Gesetz verbietet vielmehr schlechthin die Verleitung zur Vornahme unzüchtiger Handlungen ohne jede Einschränkung. Der Verurteilung steht daher der Umstand nicht entgegen, daß eine solche Beziehung der Handlung des Kindes zu seinem eigenen Körper oder dem Körper eines Anderen fehlt.

(4. Sen. v. 15. Sept. 1936; 4 D 575/36.)

*

24. § 182 StGB. setzt eine Einwirkung auf den Willen des Mädchens voraus. Die bloße Vollziehung des Beischlafs mit einem noch nicht 16jährigen Mädchen erfüllt den Tatbestand des § 182 noch nicht.

(1. Sen. v. 28. Aug. 1936; 1 D 318/36.)

*

25. § 183 StGB. Die Öffentlichkeit des Tatortes allein genügt nicht zur Feststellung der Öffentlichkeit, auch nicht die an sich denkbare Möglichkeit der Wahrnehmung durch eine unbestimmte Personenmehrheit, sondern es kommt auf die tatsächlichen Verhältnisse an; es müssen Personen, die von der Tat nicht mitumfaßt werden, ihr beigewohnt haben, die die Tat entweder bemerkt haben oder hätten bemerken können (vgl. RGUrt. v. 11. Dez. 1934, 4 D 1416/34: JW. 1935, 526 [26] und die dort angeführten Entsch.; RGUrt. v. 16. Juni 1935, 5 D 427/35: JW. 1935, 2370 [24]; v. 21. Okt. 1935, 5 D 736/35: JW. 1935, 3468 [17]; v. 21. Okt. 1935, 5 D 752/35; JW. 1936, 262 [24]; v. 10. März 1936, 4 D 149/36: JW. 1936, 1375 [18]).

Zu einer Bestrafung aus § 176 Abs. 1 Nr. 3 StGB. genügt es, daß der Verleitende aus Sinneslust gehandelt hat, das Kind braucht sich der Unzüchtigkeit des Vorganges nicht bewußt gewesen zu sein (vgl. RGSt. 26, 280/81; RGUrt. v. 11. Dez. 1934, 1 D 1250/34: JW. 1935, 524 [23]).

(5. Sen. v. 6. Aug. 1936; 5/6 D 183/36.)

*

26. §§ 185, 186 StGB. Bezüglich der Beleidigung ist es eine lediglich vom Instanzgericht zu entscheidende Tatfrage, ob eine Handlung sich als Ehrverletzung durch Mißachtung oder Nichtachtung darstellt (RGSt. 3, 434). Auch eine Fopperei ist eine Be-

leidigung, falls sie die Ansicht von der Minderwertigkeit des Gefoppten ausdrückt (RGSt. 12, 141).

(2. Sen. v. 20. Aug. 1936; 2 D 356/36.)

*

**27. §§ 211, 212 StGB. Voraussetzungen des äußeren und inneren Tatbestandes der vorsätzlichen Tötung und der Überlegung beim Morde.

Eine vorsätzliche vollendete Tötung liegt nur dann vor, wenn die von dem Täter mit Tötungsvorsatz vorgenommene Handlung — allein oder im Zusammenhang mit anderen Ursachen — den Tod verursacht hat. Als Ursache (RGSt. 58, 368; 63, 213; 64, 318) ist sie auch dann anzusehen, wenn sie nur bewirkt hat, daß der Tod in einem früheren Zeitpunkt erfolgt ist, als es sonst der Fall gewesen wäre. Erforderlich waren deshalb bestimmte Feststellungen darüber, welche Handlung oder Handlungen den Tod des S. herbeigeführt haben, und welche von ihnen mit Tötungsvorsatz vorgenommen worden sind.

Die Tat des BeschwF. setzt sich nach dem bisher festgestellten Sachverhalt zusammen aus dem Beibringen der Verletzungen und dem Verbringen des Verletzten in den Wald, wo der anscheinend Schwerverletzte seinem Schicksal überlassen worden ist. Daß das gesamte Tun des BeschwF. einschließlich des Liegenlassens des Verletzten sich als eine einheitliche vorsätzliche Handlung darstellt, die zum Tode des Verletzten geführt hat, ist in dem Urt. nicht festgestellt.

Würden die Verletzungen, welche der BeschwF. dem S. vorsätzlich beigebracht hat, für dessen Tod nicht ursächlich gewesen sein, so würde keine vollendete vorsätzliche Tötung, sondern nur ein Tötungsversuch in Frage kommen, falls der Tötungsvorsatz einwandfrei festgestellt worden wäre. Würden andererseits für den Tod des Verletzten nicht die Verletzungen, aber der Umstand ursächlich gewesen sein, daß der BeschwF. den Verletzten im Walde hilflos seinem Schicksal überlassen hat, so würde eine vorsätzliche Tötung nur dann vorliegen, wenn dieser zweite Teil der Handlung mit Tötungsvorsatz vorgenommen worden wäre (vgl. RG. [FerSen.] v. 10. Aug. 1931, 2 D 809/31; RG. II v. 23. Febr. 1931, 2 D 117/31; RG. II v. 4. Febr. 1932, 2 D 1528/31: DRZ. 1932 Nr. 285).

Der Begriff des Vorsatzes, des bewußten Wollens aller Merkmale des äußeren Tatbestandes, erfordert, daß der Täter die nach Gegenstand, Zeit und Ort bestimmte Zuwiderhandlung wenigstens in allen wesentlichen Beziehungen, wenn auch nicht mit allen Einzelheiten der Ausführung, in seine Vorstellung und seinen Willen aufgenommen hat (RGSt. 51, 311). Unerhebliche Abweichungen von dem vom Täter vorausgesetzten Verlauf schließen die Zurechnung zum Vorsatz nicht aus. Deshalb würde z. B. eine vollendete vorsätzliche Tötung auch dann vorliegen, wenn der BeschwF. den von ihm überfallenen durch die Schläge mit dem Beilstiel hätte töten wollen, die Schläge zwar die beabsichtigte Zertrümmerung des Schädels nicht zur Folge gehabt hätten, der Tod aber infolge einer auf die beigebrachten Verletzungen zurückzuführenden Infektion eingetreten wäre.

Daß bedingter Vorsatz genügt, ist in der Rspr. anerkannt (RGSt. 67, 424 = JW. 1934, 426[24] [mit Anm.]).

Unabhängig von dem Tötungsvorsatz ist die Frage der Überlegung zu prüfen. Eine Verurteilung wegen Mordes ist nur dann möglich, wenn einwandfrei festgestellt worden ist, daß die Überlegung bei der Ausführung der Tötung vorhanden war.

Zum Nachweis des Merkmals der Überlegung genügt nicht ohne weiteres die Feststellung, daß der Entschluß zur Tötung mit Überlegung gefaßt worden ist, sondern es muß besonders in den Fällen, in denen Entschluß und Ausführung zeitlich nicht unmittelbar aufeinanderfolgen, eine ausreichende Feststellung verlangt werden, daß der Täter bei der Ausführung selbst imstande gewesen ist, die ihn zur Tat drängenden und die ihn davon abhaltenden Beweggründe gegeneinander abzuwägen, ob er die Tat mit voller Besonnenheit und bedachtem Wollen ausgeführt hat.

Die Ausführung umfaßt nicht ohne weiteres das gesamte mit der Tötung im Zusammenhang stehende Tun, sondern nur die Vornahme der vorsätzlich begangenen für den Tötungsvorsatz ursächlichen Handlung. In diesem Sinne hat das RG. schon wiederholt darauf hingewiesen, daß Überlegung bei der Ausführung der Handlung vorhanden sein muß, daß also die Handlung, die die Ursache oder Mitursache des Todes gewesen ist, mit Überlegung ausgeführt sein muß (RGSt. 8, 276; 62, 196; RG. IV v. 15. April 1930, 4 D 36/30: JW. 1931, 2805; RG. [FerSen.] v. 26. Aug. 1932, 1 D 997/32: JW. 1933, 431; RG. II v. 6. April 1936, 2 D 186/36).

Möglich ist, daß der Täter von einem ohne Überlegung verübten Handeln zu einer mit Überlegung ausgeführten Tötungshandlung übergegangen ist (RG. I v. 29. Jan. 1926, 1 D 17/26: LZ. 1926, 938; RG. II v. 6. Juni 1932, 2 D 601/32), oder daß er einer mit Überlegung ausgeführten für den Tod ursächlichen Handlung andere angefügt hat, die er ohne Überlegung begangen hat. In solchen Fällen bedarf die Bejahung der Überlegung einer ganz besonders sorgfältigen Prüfung.

Es genügt aber nicht, wenn die Tötungshandlung selbst — die für die Tötung ursächliche Handlung — zwar mit Überlegung begonnen, aber ohne Überlegung zu Ende geführt worden ist (RG. I v. 26. Aug. 1932, 1 D 997/32: JW. 1933, 431; RG. II v. 6. April 1936, 2 D 186/36).

(U. v. 10. Juni 1936; 2 D 343/36.)

*

28. Um § 213 StGB. auszuschließen, genügt es nicht, daß der Täter überhaupt irgendeine Veranlassung zu der Mißhandlung gegeben hat; vielmehr muß er dem anderen einen genügenden Anlaß gegeben haben, ihn zu mißhandeln (vgl. RGUrt. v. 11. April 1929, 2 D 209/29: JW. 1930, 919[23]; RGUrt. v. 19. März 1935, 1 D 122/35: JW. 1935, 1786[20]; auch RGSt. 66, 161).

(5. Sen. v. 30. Juli 1936; 5 D 482/36.)

*

29. § 222 StGB. Fahrlässige Tötung kann dadurch verursacht werden, daß eine Person, die nicht Elektriker ist, mit dem Legen einer Lichtleitung beauftragt wird und die Leitung fehlerhaft anlegt. Der Gastwirt ist zur Aufmerksamkeit bei der Sorge für die Betriebssicherheit seiner Schießstandsanlage vermöge seines Gewerbes besonders verpflichtet.

Ein Hausbursche des Angekl. ist dadurch tödlich verunglückt, daß er mit einer unsachgemäß ausgeführten, insbes. unzureichend gesicherten und zu tief gelegten elektrischen Lichtleitung in Berührung kam, als er im Auftrage seines Dienstherrn den Ofen in der Anzeigedeckung des Schießstandes in Ordnung brachte. Den Tod des Hausburschen hat der Angekl. durch Fahrlässigkeit verursacht, weil er die fehlerhafte Lichtleitung durch den Mitangekl. H. ausführen ließ, der, wie er wußte, Heizer und Maschinist, aber nicht Elektriker war, und weil er bei Aufwendung der Aufmerksamkeit und Vorsicht, zu der er nach den Umständen und seinen persönlichen Verhältnissen und Fähigkeiten verpflichtet und imstande war, hätte erkennen müssen, daß ein Mensch mit der vorschriftswidrig verlegten Leitung in Berührung kommen und dadurch den Tod erleiden konnte. Ein Verstoß gegen die Bestimmungen, daß derartige Arbeiten nur von solchen Elektrikern ausgeführt werden dürfen, die von der Stadt hierfür zugelassen sind, braucht nicht ohne weiteres eine Fahrlässigkeit i. S. des § 222 StGB. zu bedeuten. Anderseits durfte das LG. die Tatsache, daß dem Angekl. die Vorschriften über das Zulassungserfordernis bei solchen Arbeitern bekannt waren, unbedenklich in dem Sinne verwerten, daß sie die Fahrlässigkeit verstärkte. Denn das Erfordernis der Zulassung der Elektriker läßt erkennen, welche Wichtigkeit einer besonders sorgfältigen und gewissenhaften Ausführung elektrischer Lichtanlagen zum Schutze der Allgemeinheit beigelegt wird.

An dem Urt. des LG. ist lediglich zu beanstanden, daß der Angekl. nur aus § 222 Abs. 1 StGB. verurteilt worden ist. Die Sorge für die Betriebssicherheit und Gefahrlosigkeit der Schießstandsanlage einschließlich Anzeigedeckung gehörte zu den Pflichten, die dem Angekl. als Gastwirt oblagen. Zu der Aufmerksamkeit, die er aus den Augen ließ, war er also vermöge seines Gewerbes besonders verpflichtet (vgl. RGSt. 18, 204 [206]).

(5. Sen. v. 18. Juni 1936; 5 D 375/36.)

*

30. §§ 222, 230 StGB. Sorgfaltspflicht des Kraftfahrers. Dieser braucht nicht damit zu rechnen, daß ein in gleicher Richtung fahrender Radfahrer ohne ersichtlichen Grund plötzlich in die Fahrbahn des Kraftwagens einbiegt, um auf die andere Seite der Straße zu fahren.

Der Vorwurf der Fahrlässigkeit, den die StrK. dem Angekl. machen will, scheitert an ihrer Feststellung, der Arbeiter F. (der nachher Getötete), der auf seinem Fahrrade vorher in derselben Richtung wie der Angekl. auf der Landstraße — jedoch neben der Pflasterbahn auf dem Klinkerstreifen — gefahren war, sei ganz plötzlich, ohne ein Zeichen zu geben und ohne sich umzusehen, nach links auf die Pflasterbahn — und damit unmittelbar vor das Auto des Angekl. — eingebogen. Ein solches Verhalten des F. war für den Angekl. nicht voraussehbar, und darauf brauchte er sich also auch nicht einzurichten. Zwar muß ein Kraftfahrer auch mit unbesonnenem Verhalten anderer Verkehrsteilnehmer rechnen und sich dagegen vorsehen; daß sich aber unter den heutigen Verkehrsverhältnissen auf einer offenbar recht belebten Landstraße ein erwachsener Mensch so unvorsichtig verhält, wie es hier F. getan hat, braucht ein Kraftfahrer nicht in den Bereich seiner Berechnungen zu ziehen (vgl. RGSt. 70, 71 = JW. 1936, 452 [16]). Daß irgend etwas die Aufmerksamkeit des F. abgelenkt hätte — was vielleicht Anlaß zu größerer Vorsicht geboten hätte — war, wie die StrK. ausdrücklich feststellt, für den Angekl. bis dahin in keiner Weise erkennbar geworden. Insbesondere hatte der Angekl. keinen Anlaß, anzunehmen, daß F. einen auf der anderen Seite gehenden Wegebenutzer würde begrüßen wollen.

Der Unfall ist auf das alleinige Verschulden des F. zurückzuführen; das gilt auch, soweit dabei Frau P. und ihr Kind verletzt worden sind. Denn auch für diese Verletzungen war jenes Verschulden maßgebend; dem Angekl. kann es nicht zum Vorwurf gemacht werden, daß er versuchte, durch Linksausweichen den Unfall noch zu vermeiden, und dadurch die beiden Genannten verletzte.

(3. Sen. v. 17. Aug. 1936; 3 D 539/36.)

*

31. § 222 Abs. 2 StGB. Maßgebend für die erhöhte Pflicht zur Aufmerksamkeit ist lediglich die Tatsache der allgemeinen Ausübung der beruflichen Tätigkeit. †)

§ 222 Abs. 2 StGB. spricht von der Aufmerksamkeit, zu der der Täter vermöge seines Berufes oder Gewerbes verpflichtet ist. Es wird also eine besondere Pflicht zur Aufmerksamkeit vorausgesetzt, und wer sich innerhalb seines Berufes oder Gewerbes den dazu gehörigen Betätigungen unterzieht, hat für die dazu erforderliche Kenntnis, Umsicht und Erfahrung einzustehen (RGSt. 61, 300). Nicht der Besitz der Erfahrung und Umsicht, sondern die Berufsausübung, die jene Erfahrung voraussetzt, begründet die erhöhte Pflicht zur Aufmerksamkeit. Der Täter kann sich daher nicht damit entschuldigen, daß er die Ausübung des Berufes begonnen habe, ohne jene Umsicht und Erfahrung zu besitzen, oder daß ihm seine Berufstätigkeit noch keine hinreichende Erfahrung und Umsicht verschafft habe; maßgebend für die erhöhte Pflicht zur Aufmerksamkeit ist lediglich die Tatsache der — allgemeinen — Ausübung der beruflichen Tätigkeit (RGSt. 62, 122, 124). Auch wer seine erste Fahrt als beruflicher oder gewerbsmäßiger Kraftfahrer ausführt, untersteht der strengeren Vorschrift des § 222 Abs. 2 StGB. (RGUrt. 3 D 725/26 v. 7. Okt. 1926).

(4. Sen. v. 25. Aug. 1936; 4 D 539/36.)

Bemerkung: Vgl. den Aufsatz des RA. Loebell, „Wer ist Berufsfahrer“: JW. 1936, 2771 (Heft 40). D. S.

*

32. § 222 Abs. 2 StGB. Ein Lehrer hat die Dienstpflicht, die Schulkinder während eines Ausfluges gut und ausreichend zu beaufsichtigen.

Die Schulklasse des Angekl. besteht aus 23 Mädchen und 15 Knaben im Durchschnittsalter von elf Jahren. Der Angekl., der mit seiner Schulklasse einen Tagesausflug von etwa 25 km unternehmen wollte, hat nach Zurücklegung von ungefähr 15 km am Bahnhofe M. 9 Mädchen wegen Übermüdung zwecks Heimfahrt mit dem nächsten abgehenden Zuge ohne Aufsicht durch einen Erwachsenen zurückgelassen, während er selbst mit den übrigen Kindern den Rückmarsch antrat. Das Verhalten des Angekl. hatte die Folge, daß einige dieser Mädchen sich auf das nicht mehr hinreichend tragfähige Eis des in der Nähe befindlichen Stausees der Talsperre M. begaben, eines davon namens R. einbrach und die Schülerin L. bei dem Versuch, die R. zu retten, gleichfalls einbrach und ertrank. Eine dritte, bei dem Rettungsversuch ebenfalls eingebrochene Schülerin konnte sich aus dem Wasser wieder herausarbeiten. Auch die R. wurde von zwei zur Hilfe herbeigeeilten Personen gerettet. Nach Annahme des LG. hat der Angekl. den Tod der L. durch Fahrlässigkeit unter Außerachtlassung seiner Berufspflicht verursacht und verschuldet. Das Verschulden besteht, wie das LG. des näheren ausführt, darin, daß der Angekl. die 9 Mädchen ohne Aufsicht und Beschäftigung in der Nähe der dort zugänglichen, nicht fest zugefrorenen Talsperre sich selbst überließ, obwohl er damit rechnen mußte, daß in dieser langen Zeit die Kinder, von Langeweile und Neugierde geplagt, den Versuch machen würden, auf das Eis zu gelangen, wobei er hätte vorhersehen können und müssen, daß eines oder mehrere der Mädchen einbrechen und ertrinken könnten. Nach Feststellung des LG. wäre der Angekl. in der Lage gewesen, entweder für die zurückgelassene Mädchengruppe eine geeignete Aufsichtsperson herbeizuschaffen oder das Fahrgeld für alle Kinder zur Rückfahrt zu besorgen oder nach Einlegung einer längeren Ruhepause alle Kinder gemeinsam zu Fuß zurückzuführen. Der Angekl. hatte die Dienstpflicht, die Kinder während des Schulausflugs gut und ausreichend zu beaufsichtigen und, soweit es in seinen Kräften stand, wohlbehalten nach Hause zurückzubringen. Eine Notwendigkeit, die 9 Mädchen aufsichtslos zurückzulassen, bestand nicht.

Im strafrechtlichen Sinne gilt jede Handlung oder Unterlassung als Ursache, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne daß dadurch der rechtswidrige Erfolg entfiele. Hiernach ist der ursächliche Zusammenhang zwischen dem Verhalten des Angekl. und dem Tode der Schülerin L. rechtlich einwandfrei dargetan. Der Angekl. hat auch fahrlässig gehandelt, da er die Sorgfalt außer acht gelassen hat, zu der er nach den Umständen und nach seinen persönlichen Verhältnissen rechtlich verpflichtet und tatsächlich imstande war, und infolgedessen nicht vorausgesehen hat, daß der Tod einer seiner Schülerinnen als Folge seines Verhaltens eintreten könne. Daß der Angekl. hätte voraussehen können und müssen, daß die Kinder die erfahrungsgemäß auf Kinder eine besondere Anziehungskraft ausübende Eisfläche betreten und möglicherweise einbrechen und ertrinken würden, ist ausdrücklich festgestellt. Die näheren Einzelheiten dieses Vorgangs brauchte sich der Angekl. nicht vorzustellen.

(4. Sen. v. 14. Aug. 1936, 4 D 569/36.)

*

33. § 223b StGB. Kindesmißhandlung. Böswillig handelt nicht nur, wer aus feindlicher Gesinnung gegen den Angegriffenen seine Gesundheitsschädigung bezweckt (RGSt. 48, 174; 66, 139); sondern eine böswillige Vernachlässigung der Fürsorgepflicht i. S. des

§ 223b StGB. liegt auch schon dann vor, wenn der Fürsorgepflichtige, trotz klarer Erkenntnis seiner Pflicht, aus schlechter Gesinnung, namentlich aus verwerflichen Beweggründen, untätig bleibt, obwohl ihm die Erfüllung seiner Pflicht unter den gegebenen Verhältnissen ohne Schwierigkeit möglich war (RGUrt. v. 26. Nov. 1935, 1 D 240/35 = JW. 1936, 882 [26]).

(2. Sen. v. 25. Juni 1936; 2 D 328/36.)

*

**34. §§ 242, 43, 263 StGB.; § 264 StPO.

1. Die Bezeichnung einer fortgesetzten Tat im Urteilssatz als „teils versucht, teils vollendet" ist begrifflich ausgeschlossen.

2. Zur Erfüllung des Tatbestandsmerkmals „wegnehmen" ist nicht ein eigenes Handeln des Täters erforderlich; es genügt, wenn er sich hierzu eines Dritten als Mittel bedient, indem er die Sache verkauft und der Dritte sie dann an sich nimmt.

3. Unter der in der Anklage bezeichneten Tat i. S. des § 264 StPO. ist der ganze dem Eröffnungsbeschluß zugrunde gelegte geschichtliche Vorgang zu verstehen, wie er sich nach der Hauptverhandlung der natürlichen Auffassung darstellt. Wird daher in der Anklage nur Diebstahl angenommen, verwirklicht durch eine Täuschungshandlung, so hat das Gericht auch den etwa in Tateinheit hiermit vorliegenden Betrug zu prüfen. †)

(5. Sen. v. 11. Mai 1936; 5 D 304/36.)

Abgedr. JW. 1936, 2232 [27].

Anmerkung: I. Der Begriff des sog. fortgesetzten Delikts, der in der Rspr. der Gerichte gebildet worden ist, wird auch heute noch keineswegs einheitlich bestimmt. Die Schwierigkeiten, die das Verständnis hindern, liegen vor allem in der Bezeichnung selbst. Die betreffende strafbare Handlung wird nicht „fortgesetzt", also mehrmals hintereinander begangen, sondern in Wirklichkeit nur einmal. Die einzelnen Tätigkeitsakte dürfen nicht nach dem Prinzip der Atomisierung des eingetretenen Erfolges, das das alte deutsche Recht weitgehend beherrschte (vgl. Brunner-Schwerin, Deutsche Rechtsgeschichte, 2. Aufl., Bd. 2 S. 708 ff.), betrachtet werden, sondern das gesamte Handeln des Täters ist zusammenfassend zu beurteilen. Die verschiedenen Tätigkeitsakte führen Teilerfolge herbei, die erst in ihrer Gesamtheit das Delikt ausmachen. Wenn der Dieb zehn einzelne Markstücke wegnimmt, dann hat er nicht zehnmal gegen § 242 StGB. verstoßen, sondern nur einen Diebstahl begangen. Dies gilt auch dann, wenn er sich den Gewahrsam nicht mit einem Griff verschafft hat, sondern zehnmal hintereinander in die Kassette griff. Ebenso liegt nur eine Körperverletzung vor, wenn der A. den B. mit mehreren Hieben verprügelt. In diesen Fällen würde sicher niemand auf den Gedanken kommen, neun vollendete und einen versuchten Diebstahl anzunehmen, wenn etwa der Täter beim Ergreifen des zehnten Geldstückes ertappt wird, es vor Schreck fallen läßt und flieht, oder den A. wegen vollendeter und versuchter Körperverletzung zu bestrafen, wenn er nur mit dem ersten Schlag getroffen hat, der zweite aber fehlging. Ebenso abwegig ist es dann auch, bei mehreren Tätigkeitsakten, die erst zusammen ein Delikt bilden, von einer teils versuchten, teils vollendeten fortgesetzten Handlung zu sprechen. Bei den angegebenen Beispielen besteht ein solch unmittelbarer Zusammenhang zwischen den einzelnen Tätigkeitsakten, daß sich diese mehreren Körperverletzungen nach ungekünstelter Auffassung als eine Handlung darstellen. Eine derartige natürliche Handlungseinheit liegt nun zwar beim Handeln im Fortsetzungszusammenhang nicht vor, dennoch besteht aber auch hier eine tatsächliche Einheit der mehreren einzelnen Akte. Die Einzelhandlungen sind zu einer zusammenhängenden Kette verbunden durch die Willensrichtung des Täters und durch die Gleichartigkeit und Einheitlichkeit der Begehungsform. Sie gehen in der sog. fortgesetzten Handlung als untrennbarem Ganzen auf, „obwohl eine jede von ihnen auch schon für sich allein den vollen gesetzlichen Tatbestand erfüllen würde" (RGSt. 43, 357). Es wäre allerdings m. E. richtiger zu sagen: „obwohl eine jede von ihnen auch schon für sich allein strafbar wäre". Denn die Formulierung des RG. läßt Zweifel zu, wie die Einzelhandlungen zu behandeln sind, die nicht den vollen gesetzlichen Tatbestand erfüllen, sondern nur einen Teil. Daß diese auch nicht irgendwie gesondert zu behandeln sind, ergibt der Vergleich mit gleichgelagerten Fällen bei natürlicher Handlungeinheit. Dieser Vergleich ist gerechtfertigt durch die ebenfalls einheitliche Betrachtung der gesamten Tätigkeit des Täters, zu der der Richter wegen der objektiven Identität des verletzten Rechtsgutes, der objektiven Gleichförmigkeit der Begehung und der subjektiven Einheitlichkeit des Willens kommt. Es liegt deswegen auch beim Handeln im Fortsetzungszusammenhang eine tatsächliche Einheit vor, nicht nur eine lediglich durch juristische Fiktion gewonnene (a. A. RGSt. 17, 228).

II. Die weitere Feststellung des RG. rührt an eine Streitfrage, die in Rspr. und Literatur immer wieder die verschiedensten Lösungen gefunden hat. Zum Begriff der Wegnahme i. S. des § 242 StGB. soll es nach dem RG. jetzt ausreichen, daß der Täter sich hierbei eines Dritten in der Weise als Werkzeug bediente, daß er „diesem die leicht zugänglichen Sachen verkaufte und er sie dann an sich nahm". Das RG. bezieht sich dabei auf seine Entsch. in RGSt. 48, 59, verschweigt aber, daß es sich in der RGSt. 21, 110 abgedruckten Entsch. auf den entgegengesetzten Standpunkt gestellt hat. Dort wurde ausdrücklich Betrug angenommen, Diebstahl mangels Wegnahme abgelehnt. Ähnlich widerspruchsvoll sind die im Schrifttum vertretenen Auffassungen (vgl. z. B. Liszt-Schmidt, Lehrbuch Bd. 2, § 127, IV, Anm. 13; Frank § 242 VI, 2 und die dort angegebene Literatur).

M. E. ist zwar grundsätzlich der Auffassung beizutreten, nach der es nicht erforderlich ist, daß der Täter den Gewahrsam selbst bricht und eigenen herstellt, sondern daß es genügt, daß der Gewahrsam irgendeines anderen begründet wird. Darüber hinaus kann es durchaus ausreichen, daß der Gewahrsamsbruch von einem Dritten unmittelbar ausgeführt wird. Der Dritte kann hierbei von dem eigentlichen Täter genau so als vermittelndes Werkzeug gebraucht werden, wie z. B. ein abgerichteter Hund.

Tritt jedoch der Dritte als Käufer einer Ware auf, die ihm der Täter bezeichnet, so braucht man nicht erst den Weg über den Begriff der mittelbaren Täterschaft zur Bestrafung des Verkäufers einzuschlagen, sondern man kann sogar schon in dieser Herstellung einer tatsächlichen Beziehung zwischen dem Täter und der Sache selbst die Erlangung der Verfügungsmacht, also die Wegnahme durch den Täter erblicken. Auch im Fall einer unentgeltlichen Weitergabe einer Sache wird in nahezu einhelliger Meinung angenommen, daß der Weitergebende die Sache sich zugeeignet habe; „denn der Täter gewinnt auch dadurch einen Wert, daß er über die Sache tatsächlich nach Belieben verfügen kann" (Frank § 242 S. 519). Ebenso liegt in der Möglichkeit, dem dritten Käufer die Sache zu bezeichnen, sie ihm anweisen und ihn zur Fortschaffung veranlassen zu können, bereits die Herstellung eines Herrschaftsverhältnisses. Die Wegnahme ist hierbei zwar nicht durch Verbringung der Sache vom Lagerort zu einem anderen erfolgt, aber die tatsächliche Herrschaft des Berechtigten ist dadurch gebrochen worden, daß der Täter sie jetzt an Stelle des Berechtigten und für sich ausübt, er aber auch in der Lage wäre, die Sachen selbst fortzuschaffen.

Ob man nun diesen Ausführungen folgen oder vielmehr eine Wegnahme durch den Dritten als Mittel des Täters annehmen will, ist für den vorl. Fall gleichgültig; denn er zeigt klar, daß das Gesagte nun nicht immer bei ähnlich gelagertem Sachverhalte ohne weitere Prüfung anzuwenden ist. Das RG. geht davon aus, daß die Angeklagte die Träger wegen ihrer Länge nicht fortschaffen konnte. Damit ist festgestellt, daß sie selbst die tatsächliche Sachherrschaft nicht ausüben konnte, weil es ihr an den nötigen Gerätschaften

usw. zum Fortschaffen fehlte. Ein Herrschaftsverhältnis bestand daher in Wirklichkeit zwischen ihr und den Trägern nicht, sondern sie täuschte dem Käufer nur ein solches vor, genau so wie sie ihm ihre Berechtigung vortäuschte. In einem solchen Fall, in dem die eigenen Wegnahmeversuche der Täterin gescheitert waren, dann der neue verbrecherische Entschluß gefaßt wurde, durch Täuschung eines Dritten über die Rechtsverhältnisse sich Geld zu verschaffen, wird der zunächst versuchte Diebstahl nicht durch den Dritten als Werkzeug vollendet, sondern der Täter begeht Betrug als neues selbständiges Delikt gegenüber dem Käufer. Dieser Betrug konkurriert dann real in dem versuchten Diebstahl. Das strafbare Tun des Täters ist mit dem Verkauf beendet, das Fortschaffen der Sachen durch den Käufer ist für seine Strafbarkeit ohne Bedeutung. Wären die Träger erst abgefahren worden, nachdem der Kaufpreis bezahlt worden war, so wäre der Betrug vollendet gewesen durch die Täuschung über die Eigentumsverhältnisse, dementsprechende Irrtumserregung des Käufers, seine Vermögensverfügung durch Zahlung des Kaufpreises und den Eintritt eines Vermögensschadens. Dadurch, daß die Fortschaffung gleichzeitig mit der Zahlung des Kaufpreises oder vorher erfolgt, kann sich die strafrechtliche Beurteilung des Verhaltens der Verkäuferin nicht ändern. Dem RG. ist daher insoweit nicht zuzustimmen, da es sich nicht um Sachen handelt, die die Angekl. selbst hätte wegschaffen können, sondern um solche, an denen ihre eigenen Wegnahmeversuche gescheitert waren, und die sie deshalb durch Täuschung des Dritten verwertet hat. Es ist daher auch nicht in einem derartigen Fall Idealkonkurrenz zwischen Diebstahl und Betrug anzunehmen, sondern allein Betrug, zu dem je nach dem Sachverhalt ein realkonkurrierender Diebstahlsversuch treten kann.

III. Die Begriffsbestimmung, die das RG. schließlich der „Tat" i. S. des § 264 StPO. gibt, entspricht der bisherigen Auffassung, an der mit Recht festgehalten wird. Tat ist das im Eröffnungsbeschluß bezeichnete geschichtliche Ereignis, das konkrete Tun des Angeklagten. Die strafrechtliche Beurteilung dieses tatsächlichen Geschehens ist nur insofern von Bedeutung, als das Gericht, wenn es nach einem anderen als dem im Eröffnungsbeschluß genannten Strafgesetz verurteilen will, nach § 265 StPO. verpflichtet ist, den Angekl. auf die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes hinzuweisen und ihm auch insoweit Gelegenheit zur Verteidigung zu geben.

RA. Dr. O. Kilk, Berlin.

*

35. §§ 257 Abs. 2, 258, 259 StGB. Ist sich die Ehefrau des Täters bei der diesem geleisteten Begünstigung darüber klar, daß ihr Mann im Falle seiner Bestrafung die Möglichkeit verliert, für den Lebensunterhalt der Familie aufzukommen, so folgt daraus noch keineswegs, daß dieser klar erfaßte Gedanke zum Beweggrunde ihres Handelns („ihres Vorteils wegen") geworden ist. Wollte man die bloße Klarheit über diese Gefahr schon als ausreichend ansehen, um im Falle einer Begünstigung des Familienoberhaupts bei einem Familienmitgliede i. S. der §§ 258, 259 StGB. ein Handeln „seines Vorteiles wegen" anzunehmen, so würde man die Regel des § 257 Abs. 2 StGB. im Ergebnis zur seltenen Ausnahme machen, sobald es sich um die Begünstigung des Ernährers einer Familie handelt. Das liegt nicht im Sinne des Gesetzes.

(1. Sen. v. 7. Juli 1936; 1 D 398/36.)

*

36. §§ 263, 47, 48 StGB. Der oberste Leiter eines Fabrikunternehmens, der — für die Angestellten erkennbar — wissentlich duldet und billigt oder gar veranlaßt, daß sie bei der Abnahme von Lieferungen seines Werkes täuschende Maßnahmen anwenden, um zum Vorteil des Unternehmens die glatte Abnahme und Bezahlung von Waren durchzusetzen, die den vertraglichen Vereinbarungen nicht entsprechen, wirkt durch solche Förderung unmittelbar an der Ausführung des Vorhabens mit, er ist darum nicht Anstifter, sondern Mittäter.

(2. Sen. v. 11. Mai 1936; 2 D 473/35.)

*

37. § 263 StGB.; § 242 BGB. Ein strafbares Unterdrücken wahrer Tatsachen i. S. § 263 StGB. liegt nur dann vor, wenn eine Rechtspflicht zum Offenbaren dieser Tatsachen bestanden hat. Das Verschweigen von Tatsachen, die nach den Grundsätzen von Treu und Glauben für das bürgerliche Vertragsrecht hätten offenbart werden müssen, ist strafrechtlich erheblich.

Den Ausführungen des LG. über die Täuschung liegt die zutreffende Rechtsauffassung zugrunde, daß ein strafbares Unterdrücken wahrer Tatsachen i. S. des § 263 StGB. nur vorliegt, wenn eine Rechtspflicht zum Offenbaren dieser Tatsachen bestanden hat. Auch insoweit kann dem LG. zugestimmt werden, als es das Verschweigen von Tatsachen, die nach den Grundsätzen von Treu und Glauben für das bürgerliche Vertragsrecht hätten offenbart werden müssen, für strafrechtlich erheblich hält. Die neuere Rspr. zu dieser Frage bewegt sich durchweg in dieser Richtung (vgl. RGSt. 66, 56; 69, 283 = JW. 1935, 3224 [11]; RGSt. 70, 45 = JW. 1936, 1296 [16]). Die Ausführungen des LG. können nur zu dem Zweifel Anlaß geben, ob für den Kreditsuchenden eine Offenbarungspflicht in dem Umfange besteht, in dem sie das LG. angenommen hat. Die Frage braucht aber hier nicht in der Allgemeinheit untersucht zu werden, in der sie das LG. behandelt hat. Denn nach der Sachdarstellung in dem angefochtenen Urteil handelt es sich hier um Käufe von Vieh bei der Landbevölkerung durch den Angekl., der bis zum Sommer 1935 seinen Verpflichtungen aus den Vieheinkäufen immer nachgekommen war. Zur Zeit der hier in Frage kommenden Vieheinkäufe war der Angekl. bereits in Vermögensverfall geraten; er rechnete „mit der Möglichkeit, daß er infolge seiner ungünstigen Geschäftslage nicht imstande sein werde, die Verkäufer zu bezahlen", dagegen „vertrauten die Verkäufer, wie der Angekl. wußte, darauf, daß er die gekauften Tiere, wie früher in allernächster Zeit, und zwar längstens in zwei bis drei Wochen, bezahlen werde". Nach alledem genoß der Angekl. bei den in Frage kommenden Kreisen ein durch sein bisheriges Verhalten erworbenes Ansehen, das dazu führte, daß sie ihm Vertrauen entgegenbrachten und ihm Schlachtvieh in der Annahme seiner weiteren Zahlungsfähigkeit und Zahlungswilligkeit überließen. Es bestand also zwischen dem Angekl. und den genannten Kreisen ein Vertrauensverhältnis, das der Angekl. nicht einseitig für seine Zwecke ausnützen durfte. Die Rechtsauffassung kann daher nicht im geringsten Bedenken unterliegen, daß der Angekl. unter diesen Umständen, wenn er nicht vom Ankauf von Vieh ohne Barzahlung ganz absehen wollte, zum wenigsten verpflichtet war, den Verkäufern seine Vermögenslage, d. h. die Ungewißheit seiner Zahlungsfähigkeit, zu offenbaren.

Das LG. stellt aber darüber hinaus mindestens für eine Mehrzahl von Fällen sogar noch fest, daß der Angekl. zur Erweckung oder Festigung des Glaubens der Verkäufer, er werde bald bezahlen, noch bestimmte Angaben gemacht oder geflissentlich ein bestimmtes Verhalten gezeigt hat. „In mehreren Fällen sicherte er ausdrücklich baldigste Zahlung zu oder verwies darauf, daß er bisher schon immer gezahlt habe." „Personen gegenüber, denen er bereits öfter Vieh abgekauft hatte, trat er so auf, als werde er, wie bisher, in kurzer Zeit den Kaufpreis zahlen." In diesen Fällen ist die Täuschungshandlung des Angekl. nicht in der bloßen Unterdrückung wahrer Tatsachen, sondern in der Aufstellung bestimmter, der Wahrheit nicht entsprechender Behauptungen zu sehen. Für diese Fälle kommen die Grundsätze über das Verschweigen von Tatsachen, die zu offenbaren sind, überhaupt nicht in Betracht.

Im übrigen bedarf die Feststellung des Betrugs hinsichtlich des Angekl. A. S. keiner näheren Erörterung mehr. Die Verkäufer haben für das hingegebene Vieh eine schlechte Forderung eingetauscht; darin besteht ihre Schädigung. Daß sie zur Hingabe durch das Verhalten des Angekl. bestimmt worden sind, und ohne dieses Verhalten das Vieh nicht hergegeben hätten, ist im Urteil ausdrücklich festgestellt. Festgestellt ist ferner, daß der Angekl. mit einer Schädigung der Verkäufer gerechnet und sie in Kauf genommen hat. Der Vorsatz ist also in der bedingten Form ausreichend dargetan.

(1. Sen. v. 7. Aug. 1936; 1 D 419/36.)

*

38. § 263 StGB. Die durch Täuschung bestimmte Hingabe eines Blankoakzepts bedeutet bereits eine Vermögensbeschädigung.

Der Angekl. hat sich einen Wechsel oder ein Wechselblankett zur Sicherung seiner Forderungen geben lassen, den Wechsel oder das ausgefüllte Blankett aber seinem vorher gefaßten Plane entsprechend sofort nach Empfang weitergegeben. In allen diesen Fällen ging der Wechsel- oder Blanketthingabe ein Vorvertrag voraus, in dem sich der Kunde verpflichtete, eine wechselmäßige Verpflichtung zur Sicherung der Forderungen des Angekl. einzugehen, und der Angekl. sich verpflichtete, das Papier aufzubewahren und zur Sicherung und nur im Notfall zur Beitreibung seiner Forderungen zu verwenden. Durch die Vortäuschung dieser Verwendung hat der Angekl. den Kunden jeweils zur Hingabe des Papiers bestimmt; die Hingabe war eine Verfügung über ein Vermögensstück, also eine Vermögensverfügung des Kunden. Sie war ihm nachteilig; denn das Vermögensstück in den Händen des Angekl. bedeutete bei seiner Absicht der sofortigen Verwertung eine große Gefahr für das Vermögen des Kunden, die objektiv nicht nur den Wert seines Anspruchs auf Aufbewahrung herabsetzte, sondern auch sonst den Wert seines Gesamtvermögens minderte, dem die nicht abzuwendende Belastung mit einer wechselmäßigen Verpflichtung drohte, bevor die ihr zugrunde liegenden Forderungen fällig geworden und die Mittel zu ihrer Deckung bereitgestellt worden waren.

(1. Sen. v. 18. Aug. 1936, 1 D 502/36.)

*

39. Die rechtliche Möglichkeit von Tateinheit zwischen § 267 (268) und § 348 Abs. 2 (349) StGB. ergibt sich daraus, daß sich beide Tatbestände nur zum Teil decken: § 267 erfaßt einen engeren Kreis von Urkunden als § 348 Abs. 2 und setzt ferner ein Gebrauchmachen voraus, während andererseits das Amtsverbrechen des § 348 Abs. 2 nur das Verfälschen, nicht auch ein falsches Anfertigen unter Strafe stellt (vgl. RGSt. 57, 174; 60, 243). Ebenso ist nach ständiger Rspr. des RG. zwischen den §§ 350/51 und § 354 StGB. Tateinheit möglich (vgl. RGSt. 65, 86).

(1. Sen. v. 21. Aug. 1936, 1 D 387/36.)

*

****40.** 1. §§ 271, 272, 73 StGB.; § 396 RAbgO.; § 146 VZollG.; PrVO. v. 13. Febr. 1843 (GS. 75), betr. die Legitimationsatteste bei Veräußerung von Pferden in den östlichen Provinzen der Monarchie. Dem Pferdeursprungszeugnis auf Grund der VO. v. 13. Febr. 1843 wird insbes. die Bedeutung beigemessen, daß der „Eigentümer" das Pferd nicht auf dem Schmuggelwege erworben hat. Wird bei Ausstellung des Zeugnisses der Urkundsbeamte getäuscht, ist der Tatbestand der mittelbaren Falschbeurkundung erfüllt. Wird mit der Erwirkung des Zeugnisses zugleich bezweckt, die Entdeckung des Schmuggels und die Nachverzollung zu verhüten, dann ist diese Handlung eine Fortsetzung der Zollhinterziehung, die mit der mittelbaren Falschbeurkundung in Tateinheit zusammentrifft.

2. § 357 StPO. Wird das Urt. auf Grund der Rev. eines Mitangekl. zu dessen Ungunsten aufgehoben, so dürfen die übrigen rechtskräftig Verurteilten durch das neue Urt. nicht schlechter gestellt werden. Die Aufhebung des Verbots der reformatio in peius bedingt kein Abgehen von dieser bisherigen Auffassung.

1. Die Rev. bemängelt die Anwendung des § 271 StGB. und macht geltend, die Ursprungszeugnisse enthielten nur eine Beschreibung des Pferdes und die Angabe, daß es dem ausstellenden Beamten vorgeführt worden sei, und daß der im Zeugnis Angegebene der Eigentümer sei. L. sei Eigentümer der dem Amtsvorsteher vorgeführten Fuchsstute gewesen, demnach habe er keine Falschbeurkundung veranlaßt. Der Ausstellung der Pferdeursprungszeugnisse liegt die PrVO. vom 13. Febr. 1843 (GS. 75), betr. die Legitimationsatteste bei Veräußerung von Pferden in den östlichen Provinzen der Monarchie, zugrunde, die nach ihren Eingangsworten zur Verhütung von Pferdediebstählen erlassen worden ist. Nach § 5 muß das Attest außer der Bezeichnung des Pferdes den Namen und Stand des Eigentümers sowie desjenigen, der von ihm zur Veräußerung des Pferdes beauftragt ist, enthalten. Darin ist das Attest aber als ein solches „über die Legitimation zur Veräußerung des Pferdes" bezeichnet. In § 1 ist bestimmt: Wer ein Pferd verkaufen, vertauschen, verschenken oder sonst veräußern will, ist verpflichtet, sich über seine Befugnis dazu, auf Erfordern der Polizei, durch ein amtliches Attest auszuweisen. Und nach § 8 darf die Erteilung des Attestes niemandem versagt werden, der nachweist, wie er redlicherweise zum Besitze des Pferdes gelangt ist, oder zwei glaubwürdige Zeugen stellt, welche die Tatsache bekunden, daß er seit drei Monaten das Pferd in freiem Gebrauch gehabt hat. Im Hinblick auf diese Bestimmungen und auf die Vorschrift des § 401 RAbgO. über die Einziehung hat der 3. StrSen. im Urt. v. 28. Jan. 1935, 3 D 1361/34 in einem gleichliegenden Falle die Anwendung des § 271 StGB. gebilligt und ausgesprochen, der Schmuggler habe sich die falsche Beurkundung erschlichen, daß er zur Veräußerung des Pferdes befugt sei. Ob die dort angegebenen Gründe allein diese Beurteilung rechtfertigen, kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls haben die Pferdeursprungszeugnisse im Laufe der Zeit eine weitere Bedeutung erlangt, als ursprünglich vorgesehen war. Sie dienen, was auch die StrK. feststellt, hauptsächlich der Verhütung des Pferdeschmuggels und damit zugleich der Einschleppung von Seuchen. Die Vordrucke enthalten nicht mehr nur den Namen und Stand des Eigentümers, sondern auch die Bescheinigung, daß sich die angegebene Person als rechtmäßiger Eigentümer des Pferdes legitimiert habe. Dieser Bescheinigung wird, wie gerichtsbekannt, amtlich und in der Grenzbevölkerung die Bedeutung beigemessen, daß der „Eigentümer" das Pferd insbes. nicht auf dem Schmuggelwege erworben habe. Wer hierüber den Urkundsbeamten täuscht und so die Ausstellung des Zeugnisses erwirkt, begeht eine mittelbare Falschbeurkundung i. S. des § 271 StGB. Zum selben Ergebnis führt im gegebenen Falle eine weitere Erwägung. Der Pole W. hat die Fuchsstute, für die L. nachmals das Zeugnis erwirkt hat, über die grüne Grenze zu ihm gebracht. L. hat das Pferd in Kenntnis der Übertretung des Einfuhrverbots und der Zollhinterziehung gekauft, übernommen und weiterverkauft. Das Eigentum an dem Kaufgegenstand wird bei beweglichen Sachen regelmäßig mit der Übergabe und der Einigung übertragen (§ 929 BGB.). Die Übergabe war aber in diesem Falle eine weitere Schmuggelhandlung, die von beiden Vertragsparteien ausgeführt wurde; deshalb war der dingliche Vertrag sittenwidrig Nach § 138 BGB. hat er daher keine Eigentumsübertragung bewirkt. Infolgedessen ist die erschlichene Bescheinigung schon deshalb falsch, weil darin L. als Eigentümer bezeichnet worden ist.

Hiernach begegnet die Anwendung des § 271 StGB. keinen rechtlichen Bedenken, ebensowenig die des § 272 daselbst, wenngleich diese besser hätte begründet werden sollen. Zum § 272 ist nur gesagt: „Daß L. dies seines Vorteils wegen

tut, liegt in der Natur der Sache." Gemeint ist offenbar ein „Vermögensvorteil" (die Absicht, das Pferd mit Gewinn zu verkaufen); ein anderer Vorteil würde nicht ausgereicht haben. Unerörtert kann bleiben, ob der dingliche Vertrag auch nach § 134 BGB. als nichtig anzusehen ist.

Bedenklich ist, daß die StrK. das Verbrechen nach § 271 und 272 StGB. als selbständige Handlung aufgefaßt hat. Nach dem festgestellten Sachverhalt ist es nicht ausgeschlossen und sogar naheliegend, daß L. das Pferd nicht für seinen Gebrauch, sondern zum alsbaldigen Weiterverkauf erworben und daß er alsbald nach dem Ankauf das Ursprungszeugnis erwirkt und das Pferd verkauft hat. Dann erst wäre das Pferd „zur Ruhe gekommen". Hiernach hätte geprüft werden müssen, ob der Angekl. mit der Erwirkung des Zeugnisses nicht zugleich bezweckt hat, die Entdeckung des Schmuggels und die Nachverzollung zu verhüten, indem er gegebenenfalls durch Vorzeigung des Zeugnisses den rechtmäßigen Erwerb glaubhaft machte und das geschmuggelte Tier durch Verkauf von seinem Anwesen herunterbrachte. Dann war aber auch die Erwirkung des Ursprungszeugnisses eine weitere Schmuggelhandlung, eine Fortsetzung der Zollhinterziehung. In diesem Falle traf dann die mittelbare Falschbeurkundung mit der Zollhinterziehung, dem Bannbruch und dem Vergehen gegen das ViehseuchG. tateinheitlich zusammen (§ 73 StGB.).

2. Gegen die Angekl. S. und N. dürfen in dem neuen Urt. keine härteren Strafen verhängt werden als die in dem Urt. des LG. erkannten (vgl. hierzu die Rspr. zu den §§ 331 und 358 Abs. 2 StPO. a. F.). Nach der Wortfassung des § 357 StPO. ist es zwar nicht außer Zweifel, ob die Aufhebung des Verbots des reformatio in peius (§ 358 Abs. 2 StPO.) sich auch auf die Fälle des § 357 erstrecken soll. Der Wortlaut dieser Best., der im Ges. v. 28. Juni 1935 nicht geändert worden ist, läßt nach der Änderung des § 358 Abs. 2 eine verschiedene Auslegung zu. Denn die Schlußworte, es sei so zu erkennen, als ob die Angekl., denen gegenüber das Urt. nach § 357 ebenfalls aufzuheben ist, gleichfalls die Rev. eingelegt hätten, könnte dafür angeführt werden, daß sie nunmehr in dem neuen Urt. schlechter gestellt werden können. Indessen ist diese Auslegung abzulehnen. Nach dem bisherigen Recht war es klar, daß die Strafe nicht verschärft werden durfte. Hätte der Gesetzgeber das ändern wollen, dann hätte er dem geänderten Sinn durch einen Zusatz Ausdruck gegeben, wie er sich auch nicht darauf beschränkt hat, den § 331 und den § 358 Abs. 2 zu streichen, sondern die Zulässigkeit der reformatio in peius ausdrücklich ausgesprochen hat. Schon die wörtliche Beibehaltung der alten Fassung des § 357 spricht somit dafür, daß keine Änderung beabsichtigt war, ebenso das Fehlen einer Bemerkung über den Sinn des § 357 in der amtlichen Begr. des Ges. v. 28. Juni 1935.

Die Best. war seinerzeit in etwas anderer Fassung als § 318a in den Entw. zur StPO. eingefügt worden. Ihr lag der Gedanke zugrunde, daß es eine schwere Schädigung der Gerechtigkeit enthalte, wenn ein Revisionsführer freigesprochen würde, die Tatgenossen aber, die keine Rev. eingelegt haben, die ihnen zu Unrecht auferlegten Strafen verbüßen müßten (Bericht der Reichstagskommission, Materialien zur StPO. 2, 1606). Daher wurde die Voraussetzung aufgestellt, daß das Urt. zugunsten eines Revisionsführers aufgehoben werde. Diese Voraussetzung ist im Ges. v. 28. Juni 1935 beibehalten worden. Auch hieraus ergibt sich der Schluß, daß der dem § 357 zugrundeliegende Rechtsgedanke voll aufrechterhalten wurde und eine Änderung zuungunsten der rechtskräftig Verurteilten im Sinne der Möglichkeit einer Strafverschärfung nicht im Willen des Gesetzgebers lag. Andernfalls käme man auch zu einem widersinnigen Ergebnis. Bei Zugrundelegung der anderen Auslegung könnte nämlich der rechtskräftig Verurteilte nur dann schlechter gestellt werden, wenn das Urt. zugunsten, nicht aber, wenn es zuungunsten des Mitangeklagten aufgehoben würde, der Rev. eingelegt hat.

Die Fälle des § 357 unterscheiden sich auch wesentlich von denen des § 358. Dort wird in die Rechtskraft eines Urt. eingegriffen, hier nicht. Der noch nicht rechtskräftig Verurteilte kann immerhin die Schlechterstellung verhüten, wenn er von der Anfechtung des Urt. absteht; der rechtskräftig Verurteilte könnte sie dagegen nicht vermeiden, wenn die Strafverschärfung nach § 357 zulässig wäre.

Die Durchbrechung der Rechtskraft ist nur in besonderen Ausnahmefällen zugelassen. Schon deshalb ist der engeren Auslegung der Vorzug zu geben. Die Voraussetzungen der Wiederaufnahme zuungunsten der Angekl. sind durch das Ges. v. 28. Juni 1935 auch nicht erweitert worden. Liegt keine der Voraussetzungen des § 362 StPO. vor, dann soll es bei dem Urt. sein Bewenden haben, auch wenn der Beweis erbringbar erscheint, daß die Gerechtigkeit zugunsten der Angekl. verletzt ist. Die Rechtskraft steht höher. Daher kann nicht angenommen werden, daß dieser Grundsatz gerade dann zuungunsten eines Angekl. durchbrochen werden sollte, wenn ein Mitangekl. Rev. eingelegt hat.

(5. Sen. v. 4. Juni 1936; 5 D 330/36.)
<= RGSt. 70, 229.>

*

41. § 292 StGB. Gewohnheits- und gewerbsmäßige Jagdwilderei.

Die Zusammenfassung der beiden Einzelhandlungen zu einer Fortsetzungstat steht der Annahme der Gewohnheitsmäßigkeit nicht entgegen. Denn der Angekl. hat bereits früher mehrfach Jagdwilderei betrieben, und zwar, wie das LG. einwandfrei feststellt, aus einem Hang heraus, also gewohnheitsmäßig. Daß diese früheren Taten vor dem Inkrafttreten der neuen Vorschrift in § 292 Abs. 3 StGB. begangen worden sind, durch die erst für die Jagdwilderei der straferhöhende Umstand der Gewohnheitsmäßigkeit geschaffen wurde, und daß diese früheren Taten auch bereits rechtskräftig abgeurteilt waren, ehe jene Änderung des Gesetzes in Kraft war, ist belanglos (vgl. RGSt. 70, 92). Die Gewohnheitsmäßigkeit auch dieser beiden Taten aber ist vom LG. bedenkenfrei dargelegt, indem es sie auf den alten Hang zum Wildern zurückführt. Für den Begriff der Gewerbsmäßigkeit reicht es aus, wenn der Angekl. das Wildbret im Haushalt und damit zur Verbilligung seiner Lebensführung verwenden wollte (RGUrt. 3 D 1295/34 v. 6. Mai 1934: JW. 1935, 1984[7]); das aber ist festgestellt. Auch eine einzelne Handlung kann bereits eine gewerbsmäßige im Sinne der Vorschrift sein, wenn sie auf der Absicht des Täters beruht, aus wiederholter Begehung der Jagdwilderei eine Einnahmequelle von gewisser Dauer zu machen.

(1. Sen. v. 11. Aug. 1936; 1 D 584/36.)

*

42. Einer Bestrafung wegen Darlehnswuchers i. S. der §§ 302a bis 302d StGB. steht nicht im Wege, daß das Geld für die Darlehen aus Mitteln eines Dritten stammt, wenn der Täter nicht nur Vermittler, sondern auch bevollmächtigter Stellvertreter des Dritten war (vgl. schon RGSt. 5, 368; wenn in RGSt. 28, 288; 29, 79 und 35, 111, 114 eine engere einschränkende Auslegung der §§ 302a bis 302d StGB. vorgenommen sein sollte, so könnte daran nicht festgehalten werden).

(1. Sen. v. 17. Juli 1936; 1 D 809/35.)

*

43. § 330a StGB. Die Feststellung des äußeren Tatbestandes einer im Rausch begangenen strafbaren Handlung reicht nicht aus. Es muß auch festgestellt werden, ob der Täter den zur Annahme der betr. strafbaren Handlung erforderlichen Bewußtseinsinhalt gehabt hat.

Der Angekl. hat sich durch den Genuß geistiger Getränke vorsätzlich in einen die Zurechnungsfähigkeit ausschließenden Rausch versetzt. In diesem Zustand hat er die ihm auf einem Fahrrad entgegenkommende E. B. unter dem Vorgeben, er sei Polizeibeamter, auf öffentlicher Straße zum Absteigen genötigt und aufgefordert, zur Polizeiwache mitzukommen, weil sie ohne Licht gefahren sei. Als das Mädchen dies ablehnte und einen

Ausweis von ihm verlangte, zerrte er sie vom Rad, entriß ihr mit Gewalt die Handtasche und forderte sie erneut auf, nach der Wache mitzukommen. Als sie auch hierauf nicht einging, sondern weiterfahren wollte, entriß er ihr mit Gewalt auch das Fahrrad. Als nun auf die Hilferufe des Mädchens weitere Personen hinzugekommen waren, setzte er sich auf das Fahrrad und fuhr davon. Die Handtasche hat er nach drei Stunden in Begleitung seiner Eltern auf der Polizeiwache abgegeben. Über den Verbleib des Fahrrads konnte er keine Angaben machen. Einige Tage später erfuhr er, daß es in den Kolonnaden der Stadtbrauerei, in die er sich nach der Tat begeben hatte, herumstand und ließ es durch die Polizei der Eigentümerin zurückgeben.

Die StrK. hat festgestellt, daß er durch sein Verhalten den äußeren Tatbestand des schweren Raubs (§§ 249, 250 Nr. 3 StGB.) und der Amtsanmaßung (§ 132 StGB.) verwirklicht hat, und hat ihn wegen Vergehens gegen § 330 a StGB. verurteilt.

Die Rev. rügt mit Recht Verletzung dieser Gesetzesbestimmung, weil nach der Rspr. die Feststellung des äußeren Tatbestands einer im Rausch begangenen strafbaren Handlung nicht genüge, vielmehr auch geprüft werden müsse, ob der Täter abgesehen von der Zurechnungsfähigkeit den zur Annahme der betreffenden strafbaren Handlung erforderlichen Bewußtseinsinhalt gehabt habe (vgl. RGUrt. 4 D 1004/35 v. 17. Dez. 1935: JW. 1936, 514 [17] und 4 D 56/36 v. 28. Febr. 1936: JW. 1936, 1911 [27] sowie JW. 1935, 2062 [30] m. Anm. = RGSt. 69, 189).

Soweit die Amtsanmaßung in Betracht kommt, bestehen in dieser Richtung keine Bedenken. Denn hier ergibt sich das, was der Angekl. gedacht und gewollt hat, ohne weiteres aus dem Inhalt seiner Äußerungen. Dagegen reicht der angegebene Sachverhalt nicht aus, um die Feststellung zu begründen, daß der Angekl. in seinem Rausch einen schweren Raub begangen hat. Hierzu wäre erforderlich, daß die Willensrichtung des Angekl. dahin gegangen ist, sich die Handtasche und das Fahrrad „rechtswidrig anzueignen", d. h. daß er diese Gegenstände ihrem Sachwert nach unter Ausschluß des Berechtigten wirtschaftlich seinem Vermögen zuführen wollte. Dies wäre z. B. nicht der Fall gewesen, wenn der Angekl. die Handtasche und das Fahrrad nur an sich genommen hätte, um das Mädchen dadurch zu zwingen, ihm zu folgen, oder wenn er das Fahrrad nur zur Heimfahrt oder zur Flucht benutzen und es dann der Eigentümerin wieder zustellen wollte. Die StrK. wird also in der neuen Hauptverhandlung den Sachverhalt in dieser Richtung prüfen müssen. Sollte sie nicht feststellen können, daß der Angekl. sich die Gegenstände zueignen wollte, so käme neben der Amtsanmaßung als weitere strafbare Handlung eine Nötigung in Betracht. Diese wäre dadurch begangen, daß er das Mädchen durch Gewalt zur Duldung der Wegnahme der beiden Gegenstände genötigt hat.

(4. Sen. v. 4. Aug. 1936; 4 D 540/36.)

*

44. 1. Das „Anwendenlassen" i. S. des § 343 StGB. wird nicht schon dadurch erfüllt, daß der Täter Dritte vom Begehen nicht abhält (vgl. RGSt. 59, 86 zu § 340 StGB.); es setzt vielmehr regelmäßig eine innerhalb der amtlichen Befugnisse sich bewegende Mitwirkung voraus. Ein bloßes Geschehenlassen, Nichthindern, macht einen Beamten nur dann nach § 343 strafbar, wenn ihm seine Dienstpflicht ein gegenteiliges Verhalten gebot (RGSt. 66, 61 zu § 341).

2. Es ist nicht rechtswidrig, den Antragsberechtigten zur Zurücknahme seines Strafantrags zu veranlassen (vgl. RGSt. 40, 393; ferner 3 D 702/26 v. 2. Dez. 1926). Das kann aber nur insoweit gelten, als die Zurücknahme des Antrags von der freien Entschließung des Berechtigten abhängig bleibt. Wer dagegen die Zurücknahme durch strafbare Mittel, z. B. als Beamter in einer gegen § 343 StGB. verstoßenden Weise, herbeiführt, kann sich dadurch der Begünstigung des Dritten (im Amte) schuldig machen, vorausgesetzt nämlich, daß der Dritte das Antragsdelikt wirklich begangen hat und der Begünstigende dies weiß oder doch (Versuch) glaubt.

(1. Sen. v. 7. Juli 1936; 1 D 408/36.)

*

45. § 348 StGB. Es besteht kein Anlaß, von der Rspr. des RG. (RGSt. 40, 341) abzuweichen, die das Tagebuch des amtlich bestellten Fleischbeschauers als ein öffentliches Register i. S. des § 348 StGB. ansieht.

Dieses Register stellt sich zugleich als Gesamturkunde i. S. der Entsch. (RGSt. 60, 17 [19 ff.] dar. Die Ausführungsbestimmungen v. 30. Mai 1902 (ZBl. f. d. Deutsche Reich Beil. zu Nr. 22) zum Schlachtvieh- und FleischbeschauG. v. 3. Juni 1900 (RGBl. 547) weisen in ihren §§ 4 Abs. 1 und 47 Abs. 1 und 2 den Fleischbeschauer an, sämtliche zur Beschau angemeldeten Tiere, die Ergebnisse der Beschau und die hierauf getroffenen Anordnungen in das Tagebuch einzutragen, — und zwar die eingehenden Anträge jeweils binnen einer Frist von 24 Stunden — und außerdem statistische Zusammenstellungen über die Jahresergebnisse der Beschau einzureichen. Mithin soll das Tagebuch ein einheitliches und erschöpfendes Bild geben über alle in einem bestimmten Zeitraum vorgenommenen Akte der Fleischbeschau, und zwar in zeitlicher Ordnung. Wenn daher der Fleischbeschauer absichtlich einzelne Fälle der Beschau nicht in das Tagebuch einträgt, so handelt er einer Rechtspflicht zuwider und bewirkt gerade durch diese Unterlassung, daß das Register eine falsche, das ist inhaltlich unrichtige Tatsache von rechtlicher Erheblichkeit bezeugt, nämlich die bis zu diesem Zeitpunkt vorgekommenen Fälle der Fleischbeschau falsch angibt. Mit dieser vom Rechte mißbilligten Unterlassung, die rechtlich einem durch äußerliches Handeln begangenen falschen Eintrag gleichsteht, ist die Straftat (Verstoß gegen § 348 Abs. 1 StGB.) vollendet (zu vgl. RGSt. 9, 214).

(3. Sen. v. 14. Sept. 1936; 3 D 412/36.)

*

46. § 350 StGB. Begriff „in amtlicher Eigenschaft". § 350 StGB. ist nur anwendbar, wenn der Täter die erhöhte Pflicht einer amtlichen Treue verletzt hat.

Trotz Vorliegens der Voraussetzungen des § 370 Nr. 5 StGB. ist beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 350 StGB. aus letzterer Vorschrift zu bestrafen (vgl. RGSt. 46, 377/78; 51, 115), doch liegen diese Voraussetzungen hier nicht vor, weil entgegen der Annahme der Rev. der Angekl. die von ihm unterschlagene Tüte mit Lebensmitteln nicht „in amtlicher Eigenschaft empfangen" hat. Der Umstand, daß der Angekl. im vorl. Fall zur Empfangnahme der Tüte mit Lebensmitteln für den Gefangenen Z. weder zuständig noch berechtigt war, steht allerdings der Anwendung des § 350 StGB. nicht entgegen (vgl. RGSt. 4, 154; 21, 52), aber stets ist erforderlich, daß der Beamte durch die Unterschlagung die erhöhte Pflicht einer amtlichen Treue verletzt hat (vgl. RGSt. 2, 85). Das ist nicht schon dann der Fall, wenn die Aushändigung bei Gelegenheit einer Amtshandlung, nur aus Veranlassung der Ausübung des Amtes und in bezug auf die amtliche Stellung geschieht, weil der Aushändigende den Beamten wegen seiner Beamteneigenschaft für besonders vertrauenswürdig hält (vgl. RGSt. 2, 85; 4, 154; 21, 53). Der innere Grund für die erhöhte Strafbestimmung des § 350 StGB. ist, daß der Beamte durch die Unterschlagung das in den Staat gesetzte Vertrauen täuscht (vgl. RGSt. 63, 434). Dieser Fall ist dann gegeben, wenn der Beamte eine Sache in seiner vom Geber wenn auch irrigerweise vorausgesetzten amtlichen Eigenschaft ausgehändigt erhält und der Beamte sie in Kenntnis der irrigen Voraussetzung des Gebers entgegennimmt (vgl. RGSt. 4, 154; 21, 53/54).

(5. Sen. v. 16. Juli 1936; 5 D 355/36.)

*

47. 1. § 350 StGB. Die Amtsunterschlagung ist nicht dadurch bedingt, daß der Täter zur Entgegennahme des Geldes zuständig ist; es genügt, daß der Geber die amtliche Zuständigkeit erkennbar angenommen hat (RGSt. 51, 113, 116; JW. 1934, 2062[23] m. Anm. = RGSt. 68, 204, 209).

2. § 359 StGB. Angestellte der Angestelltenversicherung sind Beamte in strafrechtlichem Sinne.

Für die Frage, ob der Angekl. die Eigenschaft als Beamter im strafrechtlichen Sinne hat, sind die Grundsätze entscheidend, welche das RG. zu dem Begriff des Beamten i. S. des § 359 StGB. aufgestellt hat. Sie sind neuerdings in JW. 1935, 2202[6] = RGSt. 69, 231, 233 zusammengefaßt worden. Unter Anwendung dieser Grundsätze sind als Beamte im strafrechtlichen Sinne erachtet worden Gemeindebeamte und Gutsvorsteher, die im Rahmen der Invalidenversicherung tätig werden (RGSt. 41, 222; 44, 102; 5 D 426/34 v. 6. Dez. 1934; 5 D 834/35 v. 9. Dez. 1935) und die Beamten der Arbeitsämter, auch soweit sie im Geschäftszweige der Arbeitslosenversicherung beschäftigt sind (RGSt. 62, 188; JW. 1934, 2980[20] mit Anm. = RGSt. 68, 325; 1 D 187/36 (nachstehend Nr. 48). Das Reich hat die Angestelltenversicherung nicht selbst übernommen, sondern zu ihrem Träger eine rechtsfähige, mit dem Charakter einer öffentlichen Behörde (zu dem Begriff vgl. RGSt. 38, 17, 18) ausgestattete Anstalt (§§ 93, 94 AngVersG.) gemacht. Diese Anstalt übt auf dem Gebiet der Angestelltenversicherung die ihr vom Reich übertragene öffentliche Gewalt aus (JW. 1936, 1442[3] = RGZ. 112, 335, 338); sie hat den Angekl. zu Dienstverrichtungen berufen, die insbes. insoweit als die Auskunftsstelle, in der er tätig war, auch Ausgabestelle für die Versicherungskarten ist, aus der Staatsgewalt abgeleitet sind und staatlichen Zwecken dienen. Der Angekl. ist deshalb als Beamter im strafrechtlichen Sinne anzusehen.

(2. Sen. v. 9. Juli 1936; 2 D 401/36.)

*

****48.** § 359 StGB. Angestellte in der öffentlichen Arbeitslosenversicherung sind Beamte im strafrechtlichen Sinne.

Der Verteidiger des Angekl. (Angestellter bei der öffentlichen Arbeitslosenversicherung) hat unter Hinweis auf RGSt. 62, 24 geltend zu machen versucht, daß die in der öffentlichen Arbeitslosenversicherung tätigen Personen ebensowenig Beamte seien wie regelmäßig die Angestellten und sogar die Geschäftsführer der öffentlich-rechtlichen Ortskrankenkassen. Aber diese Vergleichung von Verhältnissen der Arbeitslosenversicherung und der Krankenversicherung geht fehl. Die einzelnen Ortskrankenkassen sind selbständige Körperschaften des öffentlichen Rechts, deren jede nur die bei ihr Versicherten eines bestimmten Bezirks, also nur ihre Mitglieder, wenn auch auf der Grundlage einer gesetzlichen Versicherungspflicht, betreut. Der Staat (das Reich) hat es hierbei nicht übernommen, die Versicherungsgeschäfte als seine eigene Aufgabe zu führen, sondern übt nur staatlichen Schutz und staatliche Förderung aus, insbes. durch Fürsorge für den Aufbau des Versicherungswesens (RGSt. 62, 24). Andererseits aber hat das Reich auf der Grundlage älterer Gesetze durch das ArbVermG. v. 16. Juli 1927 i. d. Fass. v. 12. Okt. 1929 (RGBl. I, 162) die Arbeitsvermittlung und die Arbeitslosenversicherung als Staatsaufgabe übernommen. Es läßt diese Aufgabe nach dem genannten Gesetze einheitlich für das ganze Reichsgebiet durch die Reichsanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung erfüllen; nach § 2 des genannten Gesetzes sind die Hauptstelle, die Landesarbeitsämter und sämtliche Arbeitsämter nur Glieder dieser Reichsanstalt. Durch die öffentliche Arbeitsvermittlung über das ganze Reichsgebiet hinweg vollzieht sich ein fortlaufender unmittelbarer und äußerst wichtiger Eingriff des Staates in den Arbeitsmarkt, und zwar nach Maßgabe des Gesetzes unter Ausschluß privater Arbeitsvermittlung. Die Arbeitsvermittlung und die Arbeitslosenversicherung sind ihrer Natur nach auf das engste verbunden, da es stets das Ziel der beides umfassenden Tätigkeit sein muß, einen Arbeitslosen in Arbeit zu bringen und nur, soweit dies zunächst nicht möglich ist, durch Versicherungsleistungen zu unterstützen. Daher kann bei der Frage der strafrechtlichen Beamteneigenschaft (§ 359 StGB.) für diejenigen Angestellten der Reichsanstalt und der Arbeitsämter, die mit der Arbeitslosenversicherung beschäftigt sind, nichts anderes gelten als für die, die im Zweige der Arbeitsvermittlung arbeiten. Die Rspr. des RG. hat die Beamteneigenschaft der Angestellten der öffentlichen Arbeitsvermittlung schon wiederholt anerkannt (RGSt. 62, 188; 68, 325 = JW. 1934, 2980[20]), daneben erwähnungsweise auch schon die Beamteneigenschaft der Angestellten in der öffentlichen Arbeitslosenversicherung (Urt. v. 4. Mai 1932, 2 D 894/31).

(1. Sen. v. 12. Juni 1936; 1 D 187/36.)
<= RGSt. 70, 234.>

*

49. § 359 StGB. Beamter i. S. § 359 StGB. ist auch derjenige, der auf Grund eines privatrechtlichen Dienstvertrags in einem städtischen Gas-, Licht- oder Wasserwerk Dienstleistungen zu verrichten hat, die über eine ganz untergeordnete, rein mechanische Tätigkeit hinausgehen.

Nach der ständigen Rspr. des RG. (vgl. insbes. JurRdsch. 1926 Nr. 2092 und JW. 1931, 62[23]) ist es ein Ausfluß der einer Kommunalbehörde obliegenden Aufgabe öffentlich-rechtlicher Art, Gas-, Licht- und Wasserwerke unter eigener Verantwortung zu betreiben. Den innerhalb des Rahmens eines solchen Betriebes tätigen Personen muß eine Beamteneigenschaft im strafrechtlichen Sinne jedenfalls dann zugesprochen werden, wenn sie dazu berufen sind, in einer nicht ganz untergeordneten Weise zur Erfüllung dieser Aufgabe beizutragen. Von dieser Rspr. abzugehen, ist kein Anlaß gegeben (vgl. auch RGSt. 67, 300 = JW. 1933, 2593[21] m. Anm.). Im vorl. Falle war der Angekl. damit betraut, nicht nur die Menge des abgegebenen Gases und Wassers sowie der elektrischen Energie bei den einzelnen Verbrauchern festzustellen, sondern auch die Rechnungen dafür auszufertigen und sogar deren Beträge einzuziehen. Eine solche, zum Wesen des Betriebes gehörende Dienstleistung geht über eine ganz untergeordnete, rein mechanische Tätigkeit hinaus (RGUrt. v. 10. Dez. 1934, 5 D 419/34). Daß seine rechtliche Stellung ausschließlich durch einen privatrechtlichen Dienstvertrag geregelt war, ist auf obige Folgerung ebensowenig von Einfluß (JW. 1935, 1268[25]), wie der Umstand, daß es sich nicht um eine Tätigkeit handelte, die *nur* von einem öffentlichen Beamten mit rechtlicher Wirksamkeit hätte vorgenommen werden können (RGSt. 51, 65/66). Hiernach war der Angekl. Beamter i. S. des § 359 StGB.

(3. Sen. v. 12. Aug. 1936; 3 D 567/36.)

*

50. § 359 StGB. Ein planmäßiger Führer im Arbeitsdienst ist Beamter im strafrechtlichen Sinn.

Zu prüfen ist nur die Frage, ob der Angekl. z. Z. der Tat Beamter im *strafrechtlichen* Sinne gewesen ist. Was die Rev. hierzu anführt, bezieht sich nur auf die Frage, ob der Angekl. durch seine Anstellung als Arbeitsführer Beamter im *staatsrechtlichen* Sinn geworden ist. Diese Frage ist wohl zu verneinen. Zwar werden die planmäßigen Führer des Arbeitsdienstes besoldungsrechtlich wie Reichsbeamte behandelt, und § 1 Abs. 3 RBesoldG. (18. Änderung v. 29. März 1935 [RGBl. I, 461]) stellt fest, daß die planmäßigen Führer des Arbeitsdienstes — abgesehen von ihrer besoldungsrechtlichen Behandlung —, ohne Reichsbeamte zu sein, die Rechte und Pflichten der Reichsbeamten besitzen, soweit nicht durch Reichs-

gesetz etwas anderes vorgeschrieben wird, aber daraus ergibt sich noch nicht, daß die planmäßigen Führer im Reichsarbeitsdienst staatsrechtlich Reichsbeamte sind. Vielmehr sind sie weder Beamte, noch Soldaten, sondern ein neuer eigener Typ der Führer im Arbeitsdienst. Anders beantwortet sich die Frage nach der Beamteneigenschaft der Arbeitsdienstführer im strafrechtlichen Sinn. Zu den Beamten i. S. des § 359 StGB. gehören neben den Beamten im staatsrechtlichen Sinn diejenigen Personen, die ohne Begründung eines öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses von einer nach Reichs- oder Landesrecht zuständigen Stelle zu Dienstverrichtungen berufen werden, die aus der Staatsgewalt abzuleiten sind und staatlichen Zwecken dienen, sei es unmittelbar im Dienste des Staates oder mittelbar im Dienst einer dem Staat untergeordneten Körperschaft des öffentlichen Rechts (vgl. u. a. RGSt. 60, 139; 67, 199 = JW. 1933, 2593[21] m. Anm.; RGSt. 68, 20). Der Entwurf des amtlichen Strafrechtsausschusses sieht ebenfalls als Amtsträger jeden Beamten im staatsrechtlichen Sinne und alle Personen an, die bestellt sind, obrigkeitliche Aufgaben wahrzunehmen, aber nicht Beamte im staatsrechtlichen Sinne sind. Entscheidend ist, daß dem Betreffenden von einer amtlichen Stelle amtliche, aus der Staatsgewalt abzuleitende Obliegenheiten übertragen worden sind. Der Angekl. ist durch den Beauftragten des Führers für den nationalsozialistischen Arbeitsdienst bereits im November 1933 zum Arbeitsführer ernannt worden und hat diese Stelle bis Ende 1935 innegehabt. Er gehörte sonach z. Z. der Tat zu den planmäßigen Führern im Reichsarbeitsdienst, die in diesem berufsmäßig tätig sind (vgl. dazu §§ 10 f. RArbeitsdienstG. v. 26. Juni 1935 [RGBl. I, 769]). Er war Führer einer Gruppe und hatte in dieser Eigenschaft die Gesamtaufsicht über das ganze Personal und die Arbeit und die weltanschauliche und sonstige Erziehung der Arbeitsdienstpflichtigen zu überwachen. Der Reichsarbeitsdienst ist an die Stelle des Freiwilligen Arbeitsdienstes neben die allgemeine Schulpflicht und Wehrpflicht getreten. Seine Aufgabe liegt mittelbar in der Beseitigung der Arbeitslosigkeit, vornehmlich aber darin, jeden jungen Deutschen zum nationalsozialistischen Menschen, zur Volksgemeinschaft und zur wahren Arbeitsauffassung, insbes. zur gebührenden Achtung der Handarbeit zu erziehen, auch ist er Vorstufe für künftige Siedler. Der Führer hat beim Reichsparteitag 1935 in seiner Ansprache an die Arbeitsmänner die Aufgaben des Reichsarbeitsdienstes folgendermaßen umrissen: Zu den Programmpunkten der nationalsozialistischen Bewegung gehört u. a. der: Die bisher in Klassen gespaltene Nation aus ihrer Zerrissenheit zu lösen und zu einem einheitlichen Körper zusammenzuschmelzen. Zu den Mitteln, die Volksgemeinschaft zu verwirklichen, gehört nach den Worten des Führers auch die Idee, alle deutschen Menschen durch eine Schule der Arbeit gehen zu lassen, damit sie sich untereinander kennen lernen und damit die Vorurteile der bürgerlichen Tätigkeit ausgerottet werden, so gründlich, daß sie nicht mehr wiederkehren. Diese Aufgabe ist nach den Worten des Führers in erster Linie dem Arbeitsdienst zugedacht. Er soll in der Arbeit alle Deutschen zusammenfassen und eine Gemeinschaft aus ihnen bilden. Nach dem Ausgeführten ist sonach der Reichsarbeitsdienst eine dem Staatszwecke dienende Einrichtung, die staatliche Aufgaben zu erfüllen hat. Dadurch, daß der Angekl. planmäßiger Führer in dieser Einrichtung war, ist er Beamter im strafrechtlichen Sinne geworden.

(4. Sen. v. 21. Aug. 1936; 4 D 558/36.)

Konkursordnung

51. § 239 Abs. 1 KO. Begriff des Beiseiteschaffens und des Verheimlichens.

Der Begriff des Beiseiteschaffens stellt eine Tätigkeit dar, welche das Vermögensstück aus seiner bisherigen Lage oder aus seinem natürlichen Verlauf in eine andere Lage oder einen anderen Verlauf setzt. Dazu ist nicht gerade ein Zerstören oder ein räumliches Verbringen an einen anderen Ort erforderlich, sondern es genügt auch eine rechtsgeschäftliche Verfügung, wenn sie außerhalb des Rahmens einer ordnungsmäßigen Wirtschaftsführung und ohne einen entsprechenden Gegenwert erfolgt und den Zugriff der Gläubiger vereitelt oder wesentlich erschwert (RGSt. 2, 118, 119; 64, 138, 140; 66, 130, 131).

Unter Verheimlichen i. S. des § 239 Abs. 1 KO. ist jede Veranstaltung zu verstehen, durch die das Vorhandensein oder die Zugehörigkeit eines Vermögensstücks zur Masse, das der Vollstreckung unterliegt, der Kenntnis des Konkursverwalters, der Gläubiger oder des Vollstreckungsbeamten und dadurch dem Zugriff entzogen wird. Da es für die Strafbarkeit der im § 239 Abs. 1 Nr. 1 KO. behandelten Bankrotthandlung wesentlich darauf ankommt, ob der Täter darüber getäuscht hat, daß das Vermögensstück der Zwangsvollstreckung unterliegt, zur Konkursmasse gehört, hat das RG. ein Verheimlichen nicht nur in äußeren Maßnahmen, z. B. einem Verstecken, gefunden, sondern auch in Maßnahmen rechtlicher Art, die geeignet sind, die Zugehörigkeit einer Sache zur Masse trotz ihrer äußerlichen Wahrnehmbarkeit zu verschleiern. Danach liegt ein Verheimlichen z. B. auch in der Behauptung eines dem Zugriff hindernden Rechtsverhältnisses (RGSt. 64, 138, 141; RGSt. 67, 365 = JW. 1934, 43[19] [m. Anm.]; RG. II v. 9. März 1931, 2 D 691/30).

(2. Sen. v. 8. Juni 1936; 2 D 260/36.)

*

52. §§ 239 Abs. 1 Nr. 1, 242 Abs. 1 Nr. 1 KO. Zum Tatbestandsmerkmal des „Beiseiteschaffens“ und des „Verheimlichens“.

1. Mit Recht hat die StrK. das Tatbestandsmerkmal des „Beiseiteschaffens“ von Vermögensstücken der Gemeinschuldnerin schon in dem Abschlusse des Scheinvertrages mit dem Angekl. O. gefunden. Denn dieser Vertrag enthielt nach der ersichtlichen Auslegung, die ihm der Tatrichter gegeben hat, nicht nur den „Kaufvertrag“, sondern zugleich die Einigung über den Eigentumsübergang an den verkauften Gegenständen in der Form des § 930 BGB. Durch diesen Vertrag, der zu den Geschäftspapieren gebracht wurde und auf den sich die Angekl. beriefen, wurde nach außen hin der Anschein erweckt, daß die Maschinen nicht mehr zum Vermögen der Gemeinschuldnerin gehörten. Das genügt zum Nachweis des „Beiseiteschaffens“, mindestens aber zu dem des „Verheimlichens“ von Vermögensstücken. Daß in dem Veräußern ein Beiseiteschaffen liegen kann, wenn kein entsprechender Gegenwert in die Masse fließt, ist allgemein anerkannt (vgl. u. a. RGSt. 62, 277, 278; RGUrt. v. 26. Juni 1930, 3 D 375/30; RGUrt. v. 5. Juni 1934, 1 D 188/34 = DRZ. 1934 Nr. 627 = JurRdsch. 1935 Nr. 158). Desgleichen hat das RG. schon vielfach entschieden, daß die Scheinnatur des Veräußerungsvertrages das Begriffsmerkmal des Beiseiteschaffens oder Verheimlichens nicht ausschließt (vgl. z. B. RGSt. 12, 129, 131; 13, 138, 140; 64, 138; RGUrt. v. 7. Okt. 1930, 1 D 701/30; RGUrt. v. 15. März 1934, 2 D 376/33 = JW. 1934, 1500[18]).

2. Daß der Konkursverwalter mit der Übergabe der Schlüssel den Besitz an allen in den Geschäftsräumen der Gemeinschuldnerin vorhandenen Gegenständen, und mithin auch an der Schreibmaschine erlangt hatte, schloß rechtlich nicht aus, anzunehmen, daß sich der Angekl. durch das bewußte Ableugnen des Besitzes der Gemeinschuldnerin an der Maschine — die er selbst vorher auf dem Boden verborgen hatte — der „Verheimlichung“ dieses Vermögensstückes schuldig machte. Zum „Verheimlichen“ genügt ein Handeln, das darauf gerichtet ist, die Auffindung eines Vermögensstückes durch den Berechtigten (hier den Konkursverwalter) zu vereiteln oder zu erschweren. Das kann auch dadurch geschehen, daß die Sache in den eigenen Räumen des Schuldners versteckt wird, und wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Gemeinschuldner den Besitz an ihnen hat (vgl. dazu z. B. RGUrt. v. 23. Jan. 1934, 1 D 1095/33; RGUrt. v. 26. Jan. 1934, 1 D 979/33 = JW. 1934, 765[13]).

(3. Sen. v. 31. Aug. 1936; 3 D 572/36.)

*

53. § 240 KO. Nach der Rspr. des RG. genügt zwar zur Erfüllung des inneren Tatbestands der im § 240 Abs. 1 Nr. 1, 3 und 4 KO. bezeichneten Vergehen jedes Verschulden, also auch bloße Fahrlässigkeit; das Vergehen nach § 240 Abs. 1 Nr. 2 KO. aber kann seiner Natur nach nur vorsätzlich begangen werden (RGUrt. vom 16. Nov. 1926, 1 D 463/26.). Da der Vorsatz den ganzen Tatbestand zu umfassen hat, muß die Absicht, den Konkurs hinauszuschieben, sowohl bei der kreditweisen Entnahme wie bei der Weiterveräußerung der Waren vorhanden sein.

(1. Sen. v. 7. Aug. 1936; 1 D 823/35.)

*

54. § 240 KO.; StraffreihG. v. 7. Aug. 1934. Sind die Falschbuchungen vor dem Stichtag des AmnestieG. vorgenommen, während die Konkurseröffnung erst danach erfolgt, so ist das Konkursvergehen erst nach dem Stichtag beendet und Amnestie nicht gegeben.

Wenn auch bei den Konkursverbrechen und Vergehen die Zahlungseinstellung und die Konkurseröffnung lediglich als äußere Tatsachen in Betracht kommen und gänzlich außerhalb des inneren Tatbestandes liegen (so die neuere Rspr. des RG., insbes. RGSt. 45, 88, 96), so bilden sie doch ein derart notwendiges Erfordernis, daß ohne ihr Hinzutreten ein strafbares Konkursvergehen noch nicht gegeben ist, ja nicht einmal von dem Versuche eines Konkursverbrechens die Rede sein kann (die in RGSt. 13, 41 vertretene gegenteilige Auffassung ist durch die neuere Rspr. überholt). Der Richter oder StA., der im Zeitpunkte des Inkrafttretens des StraffreihG. das vor dem 2. Aug. 1934 verwirklichte Tun des BeschwF. daraufhin hätte prüfen sollen, ob es mehr oder weniger als sechs Monate Freiheitsstrafe verdiene, würde vor einer gesetzlich unlösbaren Frage gestanden sein, da in jenem Zeitpunkt ein staatlicher Strafanspruch überhaupt noch nicht entstanden war; erst mit der am 6. Sept. 1934 eingetretenen Zahlungseinstellung wurde das Verhalten des BeschwF. strafbar i. S. des § 240 KO. Damit erweist sich die Anwendung des StraffreihG. als unmöglich.

(4. Sen. v. 15. Sept. 1936; 4 D 657/36.)

Militärstrafrecht

55. §§ 31 Abs. 3, 37 Abs. 1 Nr. 2 MilStGB. Die Kannvorschrift des § 31 Abs. 3 erfordert zur Verhängung der Wehrunwürdigkeit gegen Mannschaften bei Gesamtstrafe, daß mindestens eine Einzelstrafe auf Gefängnis von über fünf Jahren lautet. Insoweit besteht also Rechtsähnlichkeit mit § 37 Abs. 1 Nr. 2 bei notwendiger Dienstentlassungs-Verurteilung.†)

Rechtsirrig ist die Verhängung der Ehrenstrafe des Verlusts der Wehrwürdigkeit. Denn auf diese durfte im vorl. Fall nur unter den Voraussetzungen des § 31 Abs. 1 oder 3 MilStGB. erkannt werden, die nicht gegeben sind. Denn das ObKrGer. hat nur Gefängnis, nicht Zuchthaus, und Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte nur auf die Dauer von zwei Jahren, also nicht von mehr als drei Jahren, ausgesprochen (Abs. 1), und von den verhängten Einzelgefängnisstrafen überschreitet keine die Dauer von fünf Jahren: Die beiden höchsten sind die wegen Fahnenflucht im Komplott, vier Jahre, und wegen schweren Raubes, drei Jahre. Bei der Frage der Zulässigkeit des Verlusts der Wehrwürdigkeit nach Abs. 3 a. a. O. aber kommt es lediglich auf die Höhe der Einzelstrafe, nicht auf die der Gesamtstrafe an (vgl. Entsch. des RMG. 5, 19/22/23, der der erk. Sen. erst kürzlich hinsichtlich des § 37 Abs. 1 Nr. 2 MilStGB. im Urt. v. 30. Juni 1936, 4 D 467/36 = JW. 1936, 2656 [19] beigetreten ist). An die Stelle des Verlustes der Wehrwürdigkeit hat nach § 37 Abs. 1 Nr. 1 und 2 MilStGB. Dienstentlassung zu treten. Der Fehler ist von hier aus zu berichtigen (§ 332 Abs. 1 MilStGO.).

(4. Sen. v. 21. Aug. 1936; 4 D 572/36.)

Anmerkung: Im Ergebnisse ist die Entsch. richtig. Die These von der Maßgeblichkeit der Einzelstrafe wird jedoch zu Unrecht ausschließlich mit der Anlehnung an RMG. 5, 19 (23) begründet. Dort wird ebenso wie vom RG. in JW. 1936, 2656 [19] lediglich der Umkehrschluß aus § 54 Abs. 3 MilStGB., § 76 StGB. herangezogen. Allerdings mußte das Gesetz den Grundsatz festlegen, eine Ehrenstrafe kann nur dann in eine Gesamtstrafe mit aufgenommen werden, wenn die Ehrenstrafe mindestens bei einer der mehreren Einzeltaten zulässig oder geboten ist. Schon um des Wesens der Einsatzstrafe willen, die nach § 74 StGB. „erhöht" werden soll, bedurfte es solchen Ausspruchs des Gesetzes. Damit ist aber ebensowenig wie aus § 54 Abs. 3 MilStGB. etwas für die Auslegung der §§ 37 Abs. 1 Nr. 2, 31 Abs. 3 MilStGB. gewonnen. Denn zweifelhaft ist ja eben, ob hier bereits eine Gesamtgefängnisstrafe von mehr als der angegebenen Dauer ausreicht, oder ob wenigstens eine Einzelstrafe von der bezeichneten Länge zur Voraussetzung für die Ehrenstrafe gemacht ist. Daß es sich bei § 37 Abs. 1 Nr. 2 MilStGB. um eine von dem § 54 MilStGB., § 76 StGB. unabhängige Sondervorschrift handelt, folgt übrigens schon aus Abs. 2 Nr. 1 daselbst. Bei der Auslegung sowohl von § 37 Abs. 1 Nr. 2 als auch von § 31 Abs. 3 MilStGB. muß somit von § 54 MilStGB., § 76 StGB. abgesehen, vielmehr die rechtsgeschichtliche Entwicklung ausschlaggebend berücksichtigt werden. Hier hat sich ein bewußter Gegensatz zum bestehenden Beamtenrecht herausgebildet. Dieses läßt zur Zeit (RGBl. 1933, I, 438) das Beamtenverhältnis von selbst aufhören, falls der Beamte rechtskräftig zu einer ein Jahr übersteigenden Gefängnisstrafe verurteilt wird. Das Beamtenrecht unterscheidet dabei in seiner gegenwärtigen Gestalt absichtlich zwischen Gesamtstrafe und Einzelstrafen nicht, führt also auch dann schon selbsttätig den Amtsverlust herbei, wenn nur die Gesamtstrafe auf mehr als ein Jahr lautet, die Einzelstrafen hingegen je von geringerer Dauer sind. Gerade weil das Rechtsempfinden darin eine unbillige Härte erblickt, wird man künftig auch im Beamtenrecht mindestens bei einer der zusammengezogenen Einzelstrafen die Dauer von über einem Jahr verlangen. Angesichts dieser sich seit 1935 klar abzeichnenden Fortbildung ist jetzt schon in jene erst 1935 neu gefaßten Ehrenstrafenvorschriften des MilStGB. der ungeschriebene Grundsatz von der Maßgeblichkeit der Einzelstrafen hineinzutragen. Auch § 23 Abs. 1b WehrG. 1935 ist so zu verstehen. Er läßt zwangsläufiges Ausscheiden aus dem Soldatentum („aktiven Wehrdienst") bei längerer als einjähriger Gefängnisstrafe eintreten, ebenfalls ohne ausdrücklich Gesamt- oder Einzelstrafe zu unterscheiden. Wie indes die betonte Gleichstellung mit Aberkennung der Wehrwürdigkeit und der Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter beweist, wird aber Gesinnungsmangel vorausgesetzt. Deshalb muß ja die Gefängnisstrafe „wegen einer vorsätzlich begangenen Tat" verhängt sein. Also wiederum absichtliches Abrücken von der Härte des gegenwärtigen Beamtenrechts, das auch Fahrlässigkeitsstraftaten zum Amtsverluste führen läßt! Erst recht muß also bei der Gesamtstrafe die mechanische Berücksichtigung bloß der Strafzeit abgelehnt werden und das Zurückgreifen auf die Einzelstrafen geboten sein. Der unverkennbare Einklang (nicht nur im Wortlaut) zum WehrG. 1935 rechtfertigt also im Ergebnis einmal die Auffassung des RG. zu § 37 Abs. 1 Nr. 2 MilStGB., ergibt zugleich aber den auf rechtsähnliche Lagen gleichfalls anzuwendenden Grundsatz. Seine Überpflanzung auf § 31 Abs. 3 MilStGB. ist folglich bedenkenfrei.

Geh. Kriegsrat Dr. M. Wagner, Berlin.

*

56. §§ 114, 115, 116 MilStGB. Mißbrauch der Dienstgewalt liegt immer vor, wenn der Täter sein Vorgesetztenverhältnis auf Grund besonderer Dienststellung (VO. über Rang- und Vorgesetztenverhältnis unter C II), z. B. als Stubenältester, vorschriftswidrig ausnutzt; Mißbrauch der dienstlichen Stellung liegt

hingegen dann vor, wenn der Täter sein allgemeines Vorgesetztenverhältnis als Offizier oder Unteroffizier (a. a. O. unter CI) vorschriftswidrig ausnutzt. Erfordert wird das Vorgesetztenverhältnis, ohne daß darüber hinaus noch etwa besondere Einzelumstände festgestellt zu werden brauchten, die im Einzelfalle geeignet sind, einen Druck auf den Untergebenen auszuüben.

(4. Sen. v. 31. Juli 1936; 4 D 541/36.)

*

57. §§ 234, 282, 292 ff. MilStGO.; § 6 DurchfVO. z. StraffreihG. v. 23. April 1936. Wird in der Hauptverhandlung vom OKrGer. durch Urteil über die Anwendbarkeit des StraffreihG. entschieden, so ist als Rechtsmittel auch hiergegen die Rev. und nicht die „sofortige Beschwerde" (= „Rechtsbeschwerde i. S. der §§ 282, 292 ff. MilStGO.) gegeben. Wenn § 6 DurchfVO. z. StraffreihG. bestimmt, daß gegen den Beschluß der Gerichte über die Einstellung anhängiger Verfahren die sofortige Beschwerde stattfindet, so ist dabei nur an die regelmäßig in Beschlußform ergehenden Entscheidungen gedacht. Dagegen bietet § 6 a. a. O. keinen Anhalt für die Annahme, daß auch die in Urteilsform ergangenen Entscheidungen etwa als Beschlüsse behandelt oder abweichend vom geltenden Verfahrensrecht mit der sofortigen Beschwerde (Rechtsbeschwerde) anfechtbar sein sollen.

(4. Sen. v. 14. Juli 1936; 4 D 456/36.)

Strafprozeßordnung

58. §§ 52 Abs. 2, 252 StPO. Der vernehmende Beamte der StA. ist beim Abhören von Zeugen zu einer Belehrung i. S. des § 52 Abs. 2 StPO. nicht verpflichtet. Diese Bestimmung bezieht sich lediglich auf Vernehmungen durch richterliche Beamte.

(5. Sen. v. 3. Sept. 1936; 5 D 582/36.)

*

59. § 245 Abs. 1 Satz 2 StPO. n. F. Das Gericht kann den Antrag auf Einnahme des Augenscheins mit der Begründung ablehnen, daß dieser Beweis zur Erforschung der Wahrheit nicht erforderlich erscheint. †)

Schon nach dem Beweisrecht der StPO. a. F. war das RG. der Ansicht, daß die Anordnung einer Augenscheinseinnahme in das pflichtmäßige, d. h. in die Pflicht zur Wahrheitsermittlung gestellte Ermessen des Tatrichters gestellt sei (vgl. RGSt. 47, 103). Eine Ausnahme von dieser Regel ist früher von der Praxis für den Fall gemacht worden, daß die Einnahme des Augenscheins gerade für den Zweck beantragt wurde, die Unrichtigkeit der Aussagen von Zeugen nachzuweisen, weil dann in der Ablehnung des Antrags eine unzulässige Vorwegnahme des Beweisergebnisses liege (RG.: JW. 1932, 3626; 1931, 1040). Dagegen ließ man die Ablehnung nach Ermessen des Gerichts dann zu, wenn die angefochtene Zeugenaussage durch die Bekundung anderer Zeugen gestützt wurde (RG.: JW. 1930, 714 und 933).

Wie die Gleichstellung des § 254 Abs. 1 Satz 2 mit Satz 1 StPO. n. F. ergibt, gestattet das Gesetz hinsichtlich des Antrags auf Einnahme des Augenscheins heute offensichtlich eine solche Vorwegnahme des Beweisergebnisses. Es bleibt freilich die Aufklärungspflicht des Gerichts nach § 244 Abs. 2 StPO.

Der Angekl. rügt ferner, die StA. habe beantragt, Leumundszeugen über den Angekl. und über die Zeugin R. zu vernehmen. Dieser Antrag sei überhaupt nicht beschieden worden. Auch diese Rüge greift nicht durch, obwohl die Ablehnung eines Beweisantrages nach § 245 Abs. 3 StPO. eines Gerichtsbeschlusses bedurft hätte. Denn, bezweckt der Antrag eine Ermittlung zugunsten des Angekl., so hat ihn die StA. erkennbar dadurch zurückgezogen, daß sie nachher den Antrag auf Schuldigsprechung gestellt hat. Sollte durch den Antrag aber die Unglaubwürdigkeit des Angekl. und die Glaubwürdigkeit der R. dargetan werden, wie es offensichtlich der Fall ist, so ist der Angeschuldigte durch die Nichtbescheidung des Antrags der StA. nicht beschwert. Erhoffte der Angekl. durch die Erledigung des Beweisantrages ein für ihn günstiges Ergebnis, so stand es ihm frei, seinerseits den Antrag zu stellen. Ein gemeinsames Beweismittel der StA. und des Angekl. lag nicht vor (vgl. RGSt. 17, 376 und 58, 142).

(2. Sen. v. 24. Aug. 1936; 2 D 542/36.)

Anmerkung: I. Die vorl. Entsch. ist als ein neuer Fortschritt auf dem Wege zur Überwindung des liberalen Parteiprozesses lebhaft zu begrüßen. Die Entwicklung schreitet unaufhaltsam vorwärts. Noch vor wenigen Jahren wurde der Versuch unternommen, den extremen Parteiprozeß durchzuführen, indem man dem Kreuzverhör des § 239 StPO. in der Praxis künstliche Leben einhauchen wollte. Seit 1933 hat sich die Entwicklung gewendet. An die Stelle formaler Parteirechte setzt sich die Gemeinschaftsaufgabe der Prozeßbeteiligten, die von der richterlichen Aufklärungspflicht zur Ermittlung der Wahrheit beherrscht wird. Die Nov. v. 28. Juni 1935 hat es dem RG. ermöglicht, in der vorl. Entsch. für das Beweisrecht der Augenscheinseinnahme diese neue Grundhaltung zum Ausdruck zu bringen. § 245 Abs. 1 S. 2 StPO. n. F. bestimmt, wie in Übereinstimmung mit dem RG. festzustellen ist, eindeutig, daß für die Augenscheinseinnahme lediglich das freie Ermessen des Gerichts und die Erforschung der Wahrheit maßgebend sind. Früher wurde dieser Grundsatz in der vom RG. geschilderten Weise eingeengt, falls die Ablehnung des Augenscheins das Beweisergebnis vorwegnahm, wenn also z. B. durch die Augenscheinseinnahme die Unglaubwürdigkeit eines Zeugen bewiesen werden sollte. Hier durfte die Augenscheinseinnahme auch dann nicht abgelehnt werden, wenn das Gericht von der Glaubwürdigkeit des Zeugen vollkommen überzeugt war. Das Gericht mußte also einen Beweis erheben, von dessen Nutzlosigkeit es fest überzeugt war. Diese Einschränkung, über deren Berechtigung man früher vielleicht streiten konnte, ist auf jeden Fall heute überholt, da § 245 Abs. 1 S. 2 n. F. die Gerichte gegenüber dem Augenschein (wie gegenüber dem Sachverständigenbeweis) vollkommen freistellt. Das hat seinen guten Sinn. Die richterliche Aufklärungspflicht, welche obendrein im Wege der Rev. nachgeprüft werden kann, ist eine Gewähr dafür, daß bei Unklarheiten eine angeregte Augenscheinseinnahme stattfindet, daß aber andrerseits bei klarer Sachlage eine überflüssige Augenscheinseinnahme unterbleibt.

II. Die vorl. Entsch. lenkt aber unser Augenmerk auch auf die nicht sachlich erneuerten Teile des Beweisantragsrechtes. Vor der Großen StrK. in 1. Instanz, vor dem SchwG. und dem Volksgerichtshof müssen heute noch Zeugen vernommen werden, deren Vernehmung das Gericht selbst für überflüssig hält, nur weil eine „Partei" das beantragt hat. Die bisherige Praxis auf diesem Gebiete ist leider durch die Nov. v. 27. Juni 1935 gesetzlich festgelegt worden, hoffentlich für nicht zu lange Zeit. Das formale Beweisantragsrecht muß im kommenden Strafverfahren verschwinden. Es muß durch die nicht formal gebundene, sachliche Mitwirkung der Prozeßbeteiligten an der Wahrheitsfindung ersetzt werden.

III. Von diesem Gesichtspunkt aus bestehen gegen die Ausführungen der vorl. Entsch. Bedenken, soweit sie sich mit dem Antrag des StA. auf Vernehmung von Leumundszeugen befassen. Die Ausführungen lassen einen Zweifel über die Gerechtigkeit der getroffenen Entsch. zurück. Die Darstellung des RG. legt den — wahrscheinlich unrichtigen — Schluß nahe, daß der Angekl. gehofft hat, das Gericht würde auf den Antrag der StA. hin Leumundszeugen vernehmen, und daß er im Vertrauen hierauf es unterlassen hat, seinerseits einen entsprechenden Antrag zu stellen. Entscheidend ist darum m. E. nicht, wer von den Prozeßbeteiligten einen Antrag gestellt hat, sondern wer von den

am inkriminierten Vorfall beteiligten Personen glaubwürdig ist und wer nicht. Es wäre deshalb wichtig gewesen, zu erfahren, ob das Untergericht seine Aufklärungspflicht in diesem Punkte erfüllt hat. Das RG. hat anscheinend diese wesentliche Frage durch Stillschweigen bejaht. — Es ist zu wünschen, daß die RevG. künftig mehr als bisher zum Ausdruck bringen, was ihren Urteilen durchweg unausgesprochen zugrunde liegt: die Überzeugung von der sachlichen Richtigkeit einer von ihnen im Ergebnis gebilligten, die Zweifel an der sachlichen Richtigkeit und Gerechtigkeit einer von ihnen aufgehobenen Entsch. des Untergerichts. Aufgabe des kommenden Strafverfahrens ist es, dies Gerechtigkeitsstreben mehr in den Mittelpunkt auch des Revisionsverfahrens zu rücken (näheres bei Siegert, Berufung und Revision im Strafverfahren, in Festschrift für Graf Gleispach, 1936).

Prof. Dr. Karl Siegert, Göttingen.

*

60. §§ 245, 246 StPO. Nach der ständigen Rspr. des RG. muß die Begründung eines einen Beweisantrag ablehnenden Beschlusses eine vollständige und spezielle sein; denn sie muß dem Revisionsrichter die Möglichkeit geben, zu prüfen, ob der Tatrichter Inhalt und Richtung des Antrags richtig erkannt hat. Eine unvollständige Begründung des Ablehnungsbeschlusses kann aus den Urteilsgründen nicht ergänzt werden (RGSt. 45, 43).

Der Antragsteller hat einen Anspruch darauf, daß er auf einen unbedingt gestellten Beweisantrag schon in der Hauptverhandlung vollständig Bescheid erhält. Im Falle der Ablehnung seines Beweisantrages muß er in der Lage sein, andere Anträge zu stellen oder sonstige Ausführungen zu machen (Urt. des RG. v. 12. Okt. 1916: JW. 1917, 1540). Insbes. bedarf auch gerade die Ablehnung eines Beweisantrages wegen Verschleppungsabsicht einer eingehenden Begründung.

(5. Sen. v. 13. Aug. 1936; 5 D 472/36.)

*

** **61.** §§ 274, 273 StPO. Eine Berichtigung der Sitzungsniederschrift ist vom RevG. auch dann zu berücksichtigen, wenn sie nach erhobener Verfahrensrüge zu deren Ungunsten vorgenommen worden ist. †)

(Großer Senat f. Strafs., Beschl. v. 11. Juli 1936; GSSt 1/36 u. 4 D 993/35.)

Abgedr.: JW. 1936, 2654 [14].

Anmerkung: Die Entsch. bricht erfreulicherweise mit einem althergebrachten Satz reichsgerichtlicher Rspr., der letzten Endes nur der Ausfluß der formaleren Einstellung einer hinter uns liegenden Zeit war. Darüber, daß den vom Großen StrSen. für durchschlagend erachteten Argumenten das stärkere Gewicht zukommt, wird von unserem jetzigen freieren Standpunkt ein Zweifel nicht bestehen können. Die Bedeutung der Entsch. geht über ihren unmittelbaren Rahmen weit hinaus — sie interessiert den Zivilisten ebenso wie den Strafrechtler. Mir scheint es selbstverständlich, daß nunmehr auch die ZivSen. dieselbe Schwenkung vollziehen müssen. Noch in jüngster Zeit hatten sich sowohl der 6. wie der 5. ZivSen. in RGZ. 148, 151 = JW. 1935, 2812 [4] und JW. 1936, 1903 [13] — gerade auch unter Berufung auf die jetzt vom Großen StrSen. verlassene Entsch. der VerStrSen. RGSt. 43, 1 — auf den alten Standpunkt gestellt. Es wurde zwar anerkannt, daß ein fehlendes Verkündigungsprotokoll von den zur Fertigung seinerzeit berufenen Beamten nachgeliefert werden könne und mit der Nachlieferung das zunächst nach § 164 ZPO. nur als Pseudourteil anzusehende Gebilde nunmehr als wirkliches Urteil klargestellt werde; es wurde aber gleichzeitig dieser Satz dahin eingeschränkt, daß der Protokollnachlieferung diese Wirkung versagt bleiben müsse, wenn der Mangel bereits gerügt worden sei, denn es sei dem Rügenden damit ein prozessuales Recht auf Urteilsbeseitigung erwachsen und eine Prozeßlage geschaffen, die ohne sein Zutun nicht zu seinen Ungunsten geändert werden könne. Das war, wie ich bereits in den Anm. zu den angeführten Entsch. a. a. O. hervorgehoben, in der Tat eine Betrachtung, der jedenfalls im Unterbewußtsein noch ganz die Vorstellung vom Prozeß als taktischem Gefecht zugrunde lag. Von dieser Vorstellung ist der Große StrSen. jetzt für das Gebiet des Strafprozesses eindeutig abgerückt: „Aufgabe des Strafverfahrens sei es, mit möglichster Beschleunigung der Wahrheit und Gerechtigkeit zum Siege zu verhelfen." Auf das bürgerlichrechtliche Verfahren übertragen, besagt das: „nicht taktischer Kampf, sondern Zusammenarbeit mit dem Ziele der Ermittlung der materiell richtigen Rechtslage." Hoffentlich bietet sich den ZivSen. bald eine Gelegenheit, ihre Rspr. der Entsch. des Großen StrSen. anzupassen.

MinR. Dr. Jonas, Berlin.

*

62. §§ 337, 52 Abs. 1 Nr. 2 und 3, 61 StPO. Hat ein Zeuge gegenüber zwei Angekl. je ein selbständiges Zeugnisverweigerungsrecht, so muß er über beide Verweigerungsrechte vom Gericht belehrt werden. Die Verletzung dieser Pflicht bildet einen Revisionsgrund.

Begründet ist die Rüge, der § 52 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 StPO. sei dem Angekl. Alfons H. gegenüber verletzt. Die nach § 274 StPO. insoweit allein maßgebende Sitzungsniederschrift enthält hinsichtlich der Vernehmung der Frau H. folgenden Vermerk: „H. Anna, ..., Ehefrau des Angekl. Franz H., mit diesem verfeindet, gem. § 52 Abs. 1 Nr. 2 StPO. belehrt, läßt sich vernehmen."

Von ihrer Vereidigung wurde sodann nach der Sitzungsniederschrift „gem. § 61 Ziff. 3 RStPO." abgesehen. Dieser Vermerk hinsichtlich der Vereidigung deckt zwar äußerlich nach dem Wortlaut des angezogenen § 61 Ziff. 3 sowohl die Beziehungen der Zeugin zum Angekl. Franz H. wie auch die zum Angekl. Alfons H. Aber daraus läßt sich doch nicht mit Sicherheit entnehmen, daß die nach § 52 Abs. 2 zwingend vorgeschriebene Belehrung der Zeugin sich auch auf das weitere gegenüber dem Angekl. Alfons H. nach Abs. 1 Nr. 3 bestehende Zeugnisweigerungsrecht bezogen hat. Der Vermerk über den Inhalt dieser Belehrung führt nur die Nr. 2 auf; darüber hinaus ist das persönliche Verhältnis der Zeugin zum Angekl. Franz H. noch besonders behandelt, das zum Angekl. Alfons H. aber nicht erwähnt. Gerade dieser Umstand verbiete es, die Sitzungsniederschrift dahin auszulegen, daß es sich nur um ein Versehen handle, in Wirklichkeit aber mit dem Vermerk auch die Belehrung aus Nr. 3 im § 52 Abs. 1 beurkundet sei. Eine solche Auslegung ist um so weniger möglich, als der Vorsitzende und der Urkundsbeamte in ihren dienstlichen Äußerungen keine bestimmte Erklärung dazu abgegeben, sondern nur Vermutungen und Schlußfolgerungen geäußert haben. Der gerügte Verstoß gegen § 52 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 StPO. liegt demnach an sich vor. Daß das Urt. auf ihm beruht, soweit der Angekl. Alfons H. für schuldig befunden worden ist, muß nach der Sachlage angenommen werden. Dem steht nicht entgegen, daß eine Belehrung nach der Nr. 2 a. a. O. stattgefunden hat.

Die Vorschrift über das Zeugnisverweigerungsrecht im § 52 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 StPO. ist zunächst im Interesse der darin aufgeführten Personen geschaffen, die sich bei der Ablegung ihres Zeugnisses in einer gewissen Zwangslage befinden oder doch befinden können. Daher soll es ihrem Ermessen überlassen bleiben, ob sie das Zeugnis ablegen oder verweigern wollen. Damit jedoch eine Gewähr dafür gegeben ist, daß sie diese Befugnis kennen und auf dieser Grundlage ihr Ermessen ausüben können, ist im Abs. 2 des § 52 zwingend vorgeschrieben, daß sie vor jeder Vernehmung über ihr Recht zu belehren sind. Ist das geschehen, so können die Gründe, die dann im einzelnen Fall für einen Zeugen bei seiner Ermessensentscheidung bestimmend gewesen sind — mag diese in der Abgabe oder in der Verweigerung des Zeugnisses bestanden haben —, nicht zum Gegenstand einer Revisionsrüge gemacht werden. Denn keiner der Prozeßbeteiligten hat einen verfahrensrechtlichen Anspruch darauf, daß ein Zeuge in dieser Lage sich in einem bestimmten Sinne entscheide; das ist vielmehr ausschließlich das nicht nach-

prüfbare Recht des Zeugen selbst. Aber der Angekl. hat einen Anspruch darauf, daß gegen ihn dem Gesetze gemäß verfahren wird und daß unzulässige Vernehmungen unterbleiben. Er hat also auch ein Recht darauf, daß eine durch das Gesetz vorgeschriebene Belehrung eines Zeugen vorgenommen wird und daß Aussagen von Zeugen unbeachtet bleiben, bei denen der Vorschrift zuwider die Belehrung unterblieben ist (vgl. RGSt. 57, 63, 64 zum jetzigen § 53 Abs. 1 Nr. 3 und Abs. 2 StPO.). Sind, wie hier, zwei Angekl. vorhanden und besteht für einen Zeugen jedem der beiden Angekl. gegenüber ein selbständiges Zeugnisweigerungsrecht, so hat jeder Angekl. auch ein selbständiges Recht darauf, daß ihm gegenüber dem Gesetz entsprechend verfahren wird. Wird gegen das Gesetz verstoßen, so hat nur der Angekl. das Recht der Rüge, der von dem Verstoß betroffen wird. Dieser Angekl. aber hat das Rügerecht unabhängig davon, daß insoweit gegen den anderen Angekl. ordnungsmäßig verfahren worden ist.

Der in der Rspr. des RG. zum früheren § 58 StPO. (jetzt vgl. § 61) entwickelte und festgehaltene Gedanke, daß die Vereidigung eines Zeugen gegenüber allen Angekl., auch den nicht nach § 52 Nr. 1 bis 3 in Betracht kommenden, nur einheitlich nach Maßgabe des § 58 entschieden werden kann, falls die Aussage nur irgendwie gegen einen nach § 52 in Betracht kommenden Angekl. verwertet werden könnte, steht dieser Auffassung nicht entgegen. Nicht darauf kann es hier ankommen, ob im Sinne jener zu § 58 StPO. ergangenen Rspr. ein untrennbarer Zusammenhang der Bekundungen des Zeugen vorliegt. Entscheidend ist vielmehr, daß der Angekl. Alfons H. das Recht auf Ausschaltung der ganzen Aussage hat, die ihm gegenüber unter Verletzung einer Verfahrensvorschrift zustande gekommen ist.

(1. Sen. v. 17. Juli 1936; 1 D 490/36.)

Oberlandesgerichte: Strafsachen

Berlin

63. §§ 29 Abs. 1, 36 RStraßVerkO. § 29 Abs. 1 läßt eine Ausnahme vom Beleuchtungszwange für parkende Fahrzeuge bei Dunkelheit oder starkem Nebel nicht für den Fall zu, daß sie durch andere Lichtquellen ausreichend beleuchtet werden können, sondern nur dann, wenn sie es sind.

Der Ansicht der Rev., das Vorhandensein eines mit einer (nach Eintritt der Dunkelheit festgestelltermaßen am Tage der Tat nicht angezündeten) Straßenlampe versehenen Lichtmastes an einer Straßenecke in der Nähe der Parkstelle habe den Angekl. berechtigt, seinen Wagen nicht selbst zu beleuchten, steht der Wortlaut des Gesetzes entgegen, wonach es lediglich auf die Tatsache der wirklichen Beleuchtung des parkenden Fahrzeugs durch eine fremde Lichtquelle ankommt. Das folgt auch aus dem Zwecke der Vorschrift. § 29 Abs. 1 enthält einen reinen Gefährdungstatbestand, zielt gerade darauf hin, alle möglichen Gefahrenquellen zugunsten der Verkehrssicherheit schon vor Eintritt einer wirklichen Schädigung eines anderen Verkehrsteilnehmers zu beseitigen (vgl. RGSt. 70, 177 = JW. 1936, 1539[17] und RGSt. 70, 183). Es kommt daher weder darauf an, ob der Kraftwagen des Angekl. gerade an der gewählten Parkstelle den Verkehr in der Tat gefährdet habe, noch darauf, ob der Lichtschein von den nächstgelegenen, etwa 12—15 m entfernten Häusern den Wagen ausreichend hätte beleuchten können. Der gegen den Angekl. erhobene Vorwurf, er habe es unterlassen, sich darüber zu vergewissern, ob jene Straßenlampe brannte, unterliegt mithin keinem Bedenken; denn diese Verkehrspflicht ergibt sich für den Fahrer eines Fahrzeugs, der es noch bei Tageslicht an einer dem Verkehr zugänglichen Stelle aufstellt, bei eintretender Dunkelheit ohne weiteres aus der Vorschrift des § 29 Abs. 1. Der Irrtum des Angekl. über die Verkehrspflicht ist gleichbedeutend mit einem Irrtum über strafrechtliche Fragen, vermag ihn also nicht zu entlasten.

(KG., 1. StrSen., Urt. v. 22. Sept. 1936, 1 Ss 226/36.)

Darmstadt

64. I. Auch bei Strafanträgen ist der wahre Erklärungswille zu erforschen.

II. Begriffsnotwendige und wesenseigene Vorbehalte beeinträchtigen nicht die Rechtswirksamkeit eines nach §§ 194 und 61 StGB. rechtzeitig gestellten Strafantrags.

III. Die Bezugnahme auf Vorgänge, die mutmaßlich den dem Verletzten bereits bekannten Tat- und Täterverdacht bestätigen oder verstärken können, ist keine unzulässige Einschränkung oder Bedingung des Strafantrags.

Im Zusammenhang mit einer Strafsache gegen andere wurde gegen den Händler K. durch das zuständige AG. das Hauptverfahren eröffnet, weil er hinreichend verdächtig erschien, im Herbst 1934 oder um diese Zeit wider besseres Wissen in Beziehung auf einen anderen eine unwahre Tatsache öffentlich behauptet oder verbreitet zu haben, welche denselben verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen oder dessen Kredit zu gefährden geeignet war.

In der Hauptverhandlung vom 13. Mai 1936 hat das AG. das Verfahren gegen den Angekl. durch Urteil unter Kostenbelastung der Staatskasse eingestellt. Diese Entsch. über die auf § 187 StGB. beruhende Anklage wird mit dem Hinweis begründet, daß der für die Strafverfolgung erforderliche gültige Strafantrag des Beleidigten fehle, weil dieser innerhalb der nach § 61 StGB. laufenden Antragsfrist nur einen bedingten und damit unzulässigen und unwirksamen Strafantrag gestellt habe. Ein nach Ablauf der Antragsfrist auf Anforderung der Strafverfolgungsbehörde nachgeholter vorbehaltloser und unbedingter Strafantrag müsse aber als verspätete Erklärung des Verletzten rechtsunwirksam bleiben.

Die Auffassung des AG. über die Bedeutung und Unbeachtlichkeit des letztgenannten, nach Ablauf der Antragsfrist wiederholten Strafantrags vom 3. März 1936 in vorbehaltloser und unbedingter Form ist frei von Rechtsirrtum in der Anwendung und Auslegung des § 61 StGB. Dasselbe gilt auch von der in dem angefochtenen Urteil getroffenen Feststellung, daß für die Strafverfolgung der hier fraglichen Beleidigung gemäß § 194 StGB. das Vorliegen eines gültigen Strafantrags notwendige Voraussetzung ist.

In der Begründung und dadurch im Ergebnis unrichtig ist jedoch das amtsrichterliche Urteil, soweit es die Auslegung und rechtliche Würdigung des erstmals und nach den für das Revisionsverfahren unbedenklichen tatsächlichen Feststellungen innerhalb der gesetzlichen Antragsfrist gegen K. am 3. Febr. 1936 zu Protokoll der Gendarmeriestation erklärten Strafantrags betrifft. Diese Erklärung des Beleidigten hat folgenden Wortlaut:

„Sollte sich bei der Gerichtsverhandlung am 29. Jan. 1936 am AG. in Sachen O. gegen S. ergeben haben, daß sich der Jude K. mir gegenüber der Beleidigung schuldig gemacht hat, so stelle ich selbstverständlich gegen K. wegen Beleidigung und aus allen gesetzlichen Gesichtspunkten Strafantrag."

Die Bezugnahme dieser Erklärung auf das Strafverfahren gegen S. stützt sich darauf, daß O. zunächst S. und, als dieser sich im Verlauf der gegen ihn gerichteten Untersuchung auf K. als Gewährsmann berief, auch diesen wegen der Verbreitung ein und derselben beleidigenden Äußerung zur Verantwortung gezogen haben wollte.

Das AG. sieht in dieser Antragstellung eine Einschränkung, die sich nicht mit dem Wesen und Zweck des Strafantrags vertrage, der eine eindeutige und sichere Grundlage für das einzuleitende Strafverfahren sein solle. O. habe hier eine unzulässige Bedingung eingefügt und durch die Bezugnahme auf die Hauptverhandlung gegen S. seinen Willen, die Strafverfolgung herbeizuführen, davon abhängig gemacht, daß von anderer Seite darüber eine Entscheidung getroffen war, daß K. sich ihm gegenüber der Beleidigung schuldig gemacht habe. Diese Auslegung läßt sich jedoch weder aus dem Wortlaut noch aus dem Sinn des fraglichen Protokolls rechtfertigen und bedeutet einen Verstoß gegen den allgemeinrechtlichen Grundsatz, daß Willensäußerungen vernunftgemäß und dem wahren Erklärungswillen ent-

sprechend auszulegen sind, wenn dieser Wille der durchschnittlichen Verkehrsauffassung aus der Form und den Umständen der Erklärung überhaupt erkennbar ist. Auf dieser Beurteilungsgrundlage ist aber für die vom AG. vertretene Annahme kein Raum, daß O. seinen in der Antragstellung vom 3. Febr. 1936 ausgesprochenen Willen, K. der Strafverfolgung zu unterziehen, davon abhängig gemacht habe, daß von anderer Seite, d. h. hier von dem in der Strafsache S. tätigen Richter, auch über die Täterschaft und Schuld K.s eine Entsch. getroffen worden war. Ein solcher Vorbehalt findet auch in den tatsächlichen Zusammenhängen keine Stütze, da K. ebenso wie O. in der wenige Tage vor dem 3. Febr. 1936 stattgefundenen Hauptverhandlung gegen S. lediglich Zeuge war, so daß bei dieser Gelegenheit eine „Entscheidung" über Schuld und Täterschaft K.s „von anderer Seite", d. h. von dem allein über den Angekl. S. urteilenden Gericht, gar nicht getroffen werden konnte. O., der in der Verhandlung gegen S. am 29. Jan. 1936 nach K. vernommen wurde und deshalb über dessen Zeugenaussage nur indirekt Kenntnis erlangen konnte, hat vielmehr in der Protokollerklärung vom 3. Febr. 1936 auf Grund der ihm durch eine Gendarmerievernehmung vom 25. Nov. 1935 bereits zuteil gewordenen Kenntnis von Tat und Täterschaft des K. vorbehaltlos und uneingeschränkt Strafantrag gestellt. Für die Unbedingtheit seines Willens spricht auch die Erklärung, daß der Antrag „selbstverständlich" gestellt werde. Die Bezugnahme auf mutmaßliche, dem Antragsteller offenbar nicht mit ausreichender Sicherheit bekanntgewordene, den damaligen Zeugen K. belastende Vorgänge in der vorangegangenen, nicht etwa künftigen Hauptverhandlung gegen S. besagt in diesem Zusammenhang lediglich, daß O. nunmehr bei der Antragstellung vom 3. Febr. 1936 von der selbstverständlichen und jedem Strafantrag zwangsläufig und begriffsnotwendig eigentümlichen Annahme ausgehe, daß der schon früher entstandene, dem Antragsteller am 25. Nov. 1935 bekanntgewordene Verdacht der Tat und Täterschaft K.s noch fortbestehe und möglicherweise in der Hauptverhandlung gegen S. noch bestätigt oder verstärkt worden sein könnte.

Der Strafantrag O.s gegen K. vom 3. Febr. 1936 enthält demzufolge keinerlei unzulässige Einschränkung oder Bedingung und keine die Rechtswirksamkeit zerstörenden Vorbehalte. Die Revisionsrüge der Staatsanwaltschaft, daß das angefochtene Urteil die Bedeutung des hier entscheidenden Strafantrags unter rechtsirriger Anwendung des § 61 i. Verb. m. § 194 StGB. verkannt und dadurch unter diesem Gesichtspunkt zu Unrecht die Einstellung des Verfahrens ausgesprochen habe, ist demnach begründet.

(OLG. Darmstadt, 1. StrSen., Urt. v. 7. Aug. 1936, Ss 38/36.)

*

Jena

65. §§ 42b, 42e, 51 Abs. 2, 21, 19 Abs. 2, 44 Abs. 4 StGB.

1. Ein schwachsinniger Gewohnheitsverbrecher kann, wenn gegen ihn die Strafe aus § 51 Abs. 2 StGB. bemessen worden ist, in Sicherungsverwahrung genommen werden.

2. Ist Zuchthausstrafe unter 1 Jahr verwirkt, so kann der Richter innerhalb der durch den Umwandlungsmaßstab des § 21 StGB. gegebenen Mindest- und Höchstgrenze die zu erkennende Gefängnisstrafe frei bestimmen.

Die Rev. macht in erster Linie geltend, daß gegen den Angekl., dessen Strafe auf Grund des § 51 Abs. 2 StGB. gemildert worden ist, statt auf Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt auf Sicherungsverwahrung erkannt worden ist.

Nach den Feststellungen leidet der Angekl. an erblichem Schwachsinn. Ob dieser Schwachsinn so hochgradig ist, daß der Angekl. vermindert zurechnungsfähig ist, ist zweifelhaft. Das AG. hat diesen Zweifel bei der Strafbemessung „zugunsten des Angekl. entschieden", d. h. es hat nach dem Grundsatz in dubio pro reo die für den Angekl. günstigere Möglichkeit unterstellt. Bei dieser Sachlage konnte es aber auf Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt nicht erkennen, denn diese Anordnung setzt voraus, daß das Gericht von der verminderten Zurechnungsfähigkeit des Angekl. überzeugt ist.

Aber auch wenn dieser Zweifel behoben worden wäre, wäre die Anordnung der Sicherungsverwahrung gerechtfertigt. Allerdings betont die Rev. mit Recht, daß bei Wahl zwischen Sicherungsverwahrung und Unterbringung in der Regel diese vorzuziehen ist. Die hier festgestellten Umstände rechtfertigen aber eine Ausnahme. Das SchöffG. lehnt in erster Linie die Unterbringung deshalb ab, weil der Schwachsinn des Angekl. in einer Heil- oder Pflegeanstalt nicht geheilt oder gebessert werden könnte. Das allein genügt freilich nicht. Auch ein unheilbarer Geisteskranker muß untergebracht werden. Das gilt auch von einem vermindert Zurechnungsfähigen, wenn sein geistiger Zustand eine pflegerische Betreuung durch geschultes Personal erfordert. Das ist aber beim Angekl. nicht der Fall. Er ist, wie das Urt. feststellt, „mehr Gewohnheitsverbrecher als Geisteskranker". Das SchöffG. ist darüber hinaus der Ansicht, daß zwar nicht der Schwachsinn, wohl aber die soziale Haltung des Angekl. gebessert werden könne. Durch Arbeitszwang und strenge Erziehung könne er daran gewöhnt werden, in einem festen Arbeitsverhältnis auszuhalten, und werde sich dann von strafbaren Handlungen fernhalten. Da diese Behandlung in der Sicherungsverwahrung besser gewährleistet ist, als in einer Heilanstalt, so ist es rechtlich nicht zu beanstanden, wenn das SchöffG. jener den Vorzug gegeben hat.

Auch die übrigen Voraussetzungen der Anordnung sind gegeben.

Bedenken könnten sich aber gegen die Strafzumessung ergeben. Der Vorderrichter hat die nach § 20a StGB. verwirkte Strafe auf Grund des § 51 Abs. 2 gemildert und auf 10 Monate Gefängnis erkannt. Das ist nicht angängig, wenn man mit dem RG. (vgl. RGSt. 69, 30 = JW. 1935, 862[11]) davon ausgeht, daß auch die in Gefängnis zu verwandelnde Zuchthausstrafe nur nach vollen Monaten bemessen werden darf. Dann hätte entweder unter Zugrundelegung von 6 Monaten Zuchthaus auf 9 Monate Gefängnis oder unter Zugrundelegung von 7 Monaten auf 10 Monate 14 Tage Gefängnis erkannt werden müssen. Der Senat vermochte sich aber dieser Rspr. des RG. nicht anzuschließen. Die Vorschrift des § 19 Abs. 2 StGB. hat ihren Grund in administrativer Zweckmäßigkeit; sie hindert auch nicht eine gerechte Strafzumessung, da bei der hohen Mindestdauer der Zuchthausstrafe feinere Abstufungen als auf Monate nicht nötig sind. Beide Erwägungen treffen aber nicht zu, wenn Zuchthausstrafe wegen Unterschreitung der gesetzlichen Mindestdauer in Gefängnis umzuwandeln ist. Denn bei Gefängnis ist eine Bemessung nach Tagen vorgesehen, so daß eine Erleichterung für die Anstaltsleistung nicht eintritt. Die Gerechtigkeit kann bei der Kürze der Strafe eine feinere Abstufung fordern, zumal die Stufen durch die Umwandlung von 1 auf 1½ Monate erweitert werden. Der Wortlaut des Gesetzes fordert die vom RG. vertretene Auslegung nicht; legt man den Zweck der Vorschrift zugrunde, so kann sich § 19 Abs. 2 nur auf die Zuchthausstrafen beziehen, die als solche zu verbüßen sind. Der Umwandlungsgrundsatz des § 44 Abs. 4 S. 2 StGB. hat deshalb nur Bedeutung für die Best. der Mindest- und Höchstgrenze der zu erkennenden Gefängnisstrafe; innerhalb dieser Grenze ist der Richter aber frei, die ihm angemessen erscheinende Zeitdauer unter Beachtung von §§ 16, 19 Abs. 1 StGB. zu bestimmen. Der Senat hat sich zu dieser Auslegung um so leichter entschlossen, als sie der vom neuen Rechtsdenken geforderten freien Stellung des Richters bei der Strafzumessung besser entspricht.

(OLG. Jena, 2. StrSen., Urt. v. 12. Juni 1936, Ss 66/36.)

*

Kiel

66. § 450 StPO. Die einstweilige Unterbringung ist auf die Freiheitsstrafe nicht anzurechnen.

Der Angekl. ist zu einer Gefängnisstrafe von sechs Wochen verurteilt worden. Zugleich ist seine Unterbringung in einer Heil- und Pflegeanstalt angeordnet und Unterbringungsbefehl erlassen worden. Gegen dieses Urteil hat der Verteidiger des

Angekl. am 3. März 1936 in vollem Umfange Rev. eingelegt. Der Angekl. selbst hat am 4. März 1936 Rev. eingelegt, wobei er ausdrücklich erklärt hat, daß er das Urteil nur insoweit anfechte, als es die Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt ausspreche. Am 19. März 1936 hat auch der Verteidiger erklärt, daß er die Rev. auf den Teil des Urteils beschränke, der die Unterbringung in eine Heil- oder Pflegeanstalt betreffe.

Es sind nun Zweifel darüber entstanden, ob die Gefängnisstrafe durch die inzwischen erlittene Unterbringungshaft verbüßt ist oder nicht. Die Staatsanwaltschaft hat die Entscheidung des Gerichts gem. § 458 StPO. beantragt.

Die Frage, wann das Urt. v. 27. Febr. 1936 hinsichtlich der Gefängnisstrafe rechtskräftig geworden ist, ist zunächst dahin zu beantworten, daß die Rechtskraft in dem bezeichneten Umfange bereits am 4. März 1936 eingetreten ist. Durch seine persönliche Erklärung vom 4. März 1936 hat der Bekl. die von seinem Verteidiger am Tage vorher eingelegte Rev. insoweit zurückgenommen, als es sich um die Gefängnisstrafe handelt. Daß es für diese Beschränkung des Rechtsmittels nicht der Wirkung oder Zustimmung des Verteidigers bedurfte, ergibt sich klar aus den §§ 297, 362 StPO. Das Urteil ist somit hinsichtlich der Gefängnisstrafe am 4. März 1936 rechtskräftig geworden.

Eine andere Frage ist es, ob die Gefängnisstrafe bereits als verbüßt anzusehen ist. In Betracht kommt die Vorschrift des § 450 StPO. Darin heißt es, daß auf die zu vollstreckende Freiheitsstrafe die Untersuchungshaft voll anzurechnen ist, die der Angekl. erlitten hat, seit er sich seinerseits des Rechtsmittels gegen das Urteil durch Verzicht, Zurücknahme oder Fristablauf begeben hat. Wie es sich in dem Falle verhält, daß der Angekl. nicht Untersuchungshaft, sondern Unterbringungshaft erlitten hat, sagt das Gesetz nicht ausdrücklich. Das Gericht würde aber kein Bedenken tragen, die Unterbringungshaft der Untersuchungshaft gleich zu achten, wenn der Angekl. auch hinsichtlich der Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt sich seines Rechtsmittels begeben hätte. Im vorl. Falle hat der Angekl. dies jedoch nicht getan; er hält vielmehr seine Rev., soweit sie sich gegen die Unterbringung richtet, jetzt noch aufrecht. Da aber nur mit Rücksicht auf das noch schwebende Unterbringungsverfahren die vorläufige Inhaftierung des Angekl. angeordnet worden ist, so ist die Sache so anzusehen, als ob der Angekl. in einer Sache rechtskräftig zur Strafe verurteilt und in einer anderen Sache vorläufig untergebracht wäre. Die Strafe könnte also nur in Unterbrechung der Unterbringungshaft verbüßt werden. Hierzu bedürfte es jedoch eines besonderen Vollstreckungsersuchens, welches bisher seitens der Strafvollstreckungsbehörde nicht ergangen ist.

Das OLG. hat die Beschw. verworfen und ausgeführt:

Eine Anrechnung der nach dem Strafurteil erlittenen einstweiligen Unterbringung auf die erkannte Freiheitsstrafe ist unzulässig. Der Gesetzgeber hat anders als bei § 60 StGB. in § 450 StPO. eine Ausdehnung auf die einstweilige Unterbringung nicht für geboten erachtet und deshalb nicht vorgesehen (so auch Schäfer-von Dohnany, Die Strafgesetzgebung der Jahre 1931/1935, S. 113—114; Schäfer-Wagner-Schafheutle, Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung, S. 188 Anm. 3 und S. 249 Anm. 3).

(OLG. Kiel, StrSen., Beschl. v. 5. Juni 1936, Ws 76/36.)

*

München

67. § 313 StPO. Ein Urteil des Amtsrichters hat nur dann ausschließlich eine Übertretung zum Gegenstand, wenn schon im Eröffnungsbeschluß die Tat nur als Übertretung aufgefaßt war. Verfahren bei rechtsirrtümlicher Sachbehandlung durch das Landgericht.

Das AG. hat mit Beschl. v. 2. Nov. 1935 gegen den Angekl. wegen eines Vergehens der Beleidigung entsprechend der Anklageschrift das Hauptverfahren eröffnet. Nach durchgeführter Hauptverhandlung hat das Gericht den Angekl. aber nur wegen einer Übertretung des groben Unfugs zu einer Geldstrafe verurteilt. Gegen dieses Urteil hat der StA. rechtzeitig Berufung eingelegt, weil der Angekl. nicht wegen Beleidigung verurteilt wurde. Die StrK. des LG. hat mit Urt. v. 21. Febr. 1936 die Berufung als unzulässig verworfen mit der Ausführung, das Urteil des AG. habe ausschließlich eine Übertretung zum Gegenstand, es habe daher gem. § 313 StPO. nur mit Rev. angefochten werden können. Es hat aber der StA. mit Schriftsatz v. 24. Juni 1936 die Akten dem Senat zur Entscheidung über die „Revision des Staatsanwalts" gegen das amtsgerichtliche Urteil vorlegen lassen, und zwar mit folgender Begründung: Das Urteil des AG. habe gem. § 313 StPO. nur mit Rev. angefochten werden können. Gemäß § 300 StPO. hätte daher die Berufung als Rev. behandelt werden müssen, das LG. sei sonach sachlich zur Entscheidung nicht zuständig gewesen. Es müßte daher nunmehr das RevG. auch ohne besondere Verfahrensrüge das unzulässige Berufungsurteil aufheben.

Aus diesem Sachverhalt ergibt sich, daß eine Revision, mit der sich der Senat befassen könnte, überhaupt nicht vorliegt. Das Urteil der StrK. selbst ist, wie schon bemerkt wurde, nicht mit Rev. angefochten worden. Diese wäre gem. Kap. I Art. 2 § 1 Nr. 1 Satz 2 des 1. Teils der VO. des RPräs. über Maßnahmen auf dem Gebiet der Rechtspflege und Verwaltung v. 14. Juni 1932 auch gar nicht zulässig gewesen. Es kann sich daher nur fragen, ob die Berufung des StA. in Wirklichkeit das Rechtsmittel der Rev. war und ob dieses im Hinblick auf das rechtskräftige Urteil der StrK. überhaupt noch entschieden werden könnte. Nach ständiger Rspr. der Strafsenate des BayObLG. und in der Folge auch des OLG. München hat ein Urteil des AR. i. S. des — nur die Rev. zulassenden — § 313 StPO. bloß dann „ausschließlich eine Übertretung zum Gegenstand", wenn schon im Eröffnungsbeschluß die Tat nur als Übertretung aufgefaßt war. War sie dort als Vergehen (oder Verbrechen) gewürdigt, so hindert dieser Umstand die Anwendung der Bestimmung (vgl. BayObLGSt. 24, 49 = JW. 1925, 1015 mit zustimmender Fußnote von Prof. Merkel).

An dieser Rspr. wird festgehalten. Sie führt hier zu dem Ergebnis, daß die Anwendung des § 313 StPO. mangels Vorliegens seiner Voraussetzungen entfiel, der StA. daher das amtsgerichtliche Urteil gem. § 1 Nr. 1 Satz 1 a. a. O. der VO. v. 14. Juni 1932 nach seiner Wahl sowohl mit Berufung als auch mit Rev. anfechten konnte. Er hat sich für die Berufung entschieden. Wenn die StrK. diese in irriger Auslegung des § 313 für unzulässig erklärte, so hat sie sich zu der erwähnten Rspr. in Widerspruch gesetzt. Von ihrem Standpunkt aus hätte sie sich übrigens einer Entsch. über das Rechtsmittel enthalten und gem. § 300 StPO. die Akten zur Entsch. über die „Revision" zum RevG. vorlegen müssen, das dann seinerseits voraussichtlich ausgesprochen hätte, daß das Rechtsmittel als Berufung zu behandeln sei.

Kommt hiernach Rev. überhaupt nicht in Betracht, so braucht zur Frage, ob das rechtskräftige Urteil der StrK. einer nochmaligen Behandlung des Rechtsmittels — als Rev. — entgegenstünde, eigentlich keine Stellung genommen werden. Es sei aber doch bemerkt, daß an der Rechtswirksamkeit dieses Urteils nicht zu zweifeln ist. Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen ein rechtskräftiges Urteil als nichtig und darum als nichtbestehend anzusehen ist (vgl. Gerland, Der deutsche Strafprozeß S. 294 ff.; v. Baligand, Zur Lehre von der absoluten Urteilsnichtigkeit im GerS. 72, 171 ff.; Lucas-Dürr, Anleitung zur strafrechtlichen Praxis, 1. Teil, 5. Aufl., S. 358 ff.), könnte hier höchstens dann aufgeworfen werden, wenn die Berufung des StA. in Wirklichkeit Rev. war, die StrK. sonach zur Entsch. über das Rechtsmittel gar nicht befugt gewesen wäre; aber gerade für den Fall, daß ein Urteil von einem sachlich unzuständigen Gericht erlassen war, hat es das RG. — mit Recht — in ständiger Rspr. abgelehnt, ein solches Urteil für nichtig zu erklären. Das muß erst recht dann gelten, wenn, wie hier, die Zuständigkeit des Gerichts zur sachlichen Entsch. gegeben war und dieses nur infolge eines Rechtsirrtums das Rechtsmittel als unzulässig verworfen hat.

Der Senat ist nach alledem nicht in der Lage, sich als RevG. mit der Sache zu befassen.

(OLG. München, Beschl. v. 20. Juli 1936, 1 Ss Nr. 182/36.)

Sondergerichte

München

68. Tritt bedingter Straferlaß gemäß § 3 StraffreihG. v. 23. April 1936 auch dann ein, wenn auf eine sechs Monate übersteigende Gesamtgefängnisstrafe erkannt ist, die Einzelstrafen aber jeweils sechs Monate nicht erreichen?

E. ist durch Urteil des Sondergerichts München vom 8. Juli 1936 wegen zweier sachlich zusammentreffender an verschiedenen Tagen im März 1936 begangener Vergehen nach § 1 Abs. 1 Ges. v. 20. Dez. 1934 zu einer Gesamtstrafe von acht Monaten Gefängnis verurteilt. Für jedes dieser beiden Vergehen wurde eine Einzelstrafe von fünf Monaten Gefängnis festgesetzt.

Die Voraussetzungen des StraffreihG. v. 23. April 1936 sind im vorl. Fall gegeben. Ebenso wie für die StraffreihG. v. 20. Dez. 1932 und v. 7. Aug. 1934 gilt auch für das StraffreihG. der Grundsatz, daß dann, wenn mehrere selbständige strafbare Handlungen vorliegen, die Anwendbarkeit des StraffreihG. für jede Straftat gesondert zu prüfen ist (vgl. Schäfer in Pfundtner-Neubert, Das neue Deutsche Reichsrecht, Anm. 6 zu § 2 StraffreihG. und die dort erwähnte zu dem StraffreihG. v. 7. Aug. 1934 ergangene Entsch. des KG.: JW. 1935, 67[29]; Komm. zum StraffreihG. v. 20. Dez. 1932 von Busch-Schäfer-Wichards-Dörffler, Anm. II 1 zu § 9). § 2 StraffreihG. enthält Ausnahmen von diesem Grundsatz und bestimmt, daß bei Vorliegen mehrerer selbständiger Straftaten, für die eine Gesamtstrafe gebildet oder noch zu bilden ist, die Höhe der Gesamtstrafe entscheidet.

§ 3 StraffreihG. bezieht sich auf Zuwiderhandlungen gegen das Ges. v. 20. Dez. 1934 und ähnliche Verfehlungen und ordnet an, daß Geldstrafen und Freiheitsstrafen von nicht mehr als sechs Monaten, allein oder nebeneinander, die bei Inkrafttreten des StraffreihG. schon rechtskräftig erkannt, aber noch nicht vollstreckt sind, oder die wegen einer vor dem 20. April 1936 begangenen Tat noch erkannt werden, bedingt erlassen werden. In § 3 StraffreihG. ist nur von Freiheitsstrafen die Rede. Der Ausdruck Gesamtstrafe ist in § 3 nicht gebraucht. Die Verwendung des Ausdruckes Freiheitsstrafe in der von § 2 abweichenden Fassung des § 3 deutet darauf hin, daß hier für den Fall des Vorliegens mehrerer Straftaten nicht auf die Höhe der Gesamtstrafe, sondern — entsprechend dem allgemeinen Grundsatz — auf die Höhe der für jede Straftat festgesetzten Einzelstrafe abgestellt werden wollte. In § 2 ist ausdrücklich zwischen einer Strafe, die wegen einer Tat verhängt wurde, und zwischen einer Gesamtstrafe, die wegen mehrerer selbständiger Straftaten ausgesprochen wurde, unterschieden. Wenn es in § 3 auf die Höhe der Gesamtstrafe ankommen hätte, so wäre, wie aus der Fassung des § 2 zu entnehmen ist, dies wohl auch in § 3 ausdrücklich gesagt worden. Daß in § 3 von der Einzelstrafe ausgegangen werden muß, ist auch daraus zu schließen, daß für die Fälle, in denen eine Aburteilung beim Inkrafttreten des StraffreihG. noch nicht erfolgt ist, bestimmt ist: Bedingt erlassen werden Geldstrafen und Freiheitsstrafen von nicht mehr als sechs Monaten, die wegen einer vor dem 20. April 1936 begangenen Tat noch erkannt werden; es ist hier also nur von einer Tat — nicht auch von mehreren selbständigen Taten wie in § 2 — die Rede.

Die Richtigkeit der Annahme, daß in § 3 StraffreihG. auf die Höhe der Einzelstrafe abgestellt ist, folgt insbes. aber auch aus der Bestimmung des § 2 Abs. 1 der DurchfVO. zum StraffreihG. § 2 Abs. 1 Satz 1 spricht von einer oder mehreren in einer Gesamtstrafe enthaltenen Einzelstrafen, für die nach § 1 StraffreihG. Straffreiheit gewährt wird, und regelt insoweit die Art der Milderung der Gesamtstrafe; hier sind also die Fälle ausdrücklich erwähnt, in denen in einer Gesamtstrafe mehrere Einzelstrafen enthalten sind, von denen jede für sich nach § 1 StraffreihG. erlassen ist. Da die Bestimmung des Satzes 1 gemäß Satz 2 auf den bedingten Straferlaß nach § 3 StraffreihG. entsprechend anzuwenden sind, gilt die erwähnte Regelung auch dann, wenn in eine Gesamtstrafe mehrere Einzelstrafen einbezogen sind, von denen jede für sich betrachtet ihrer Art nach unter § 3 StraffreihG. fällt. Daß Satz 1 lediglich dann entsprechend anzuwenden wäre, wenn in einer Gesamtstrafe nur eine ihrer Art nach unter § 3 StraffreihG. fallende Einzelstrafe enthalten wäre, kann nicht angenommen werden, weil Satz 1 ohne Einschränkung für entsprechend anwendbar erklärt ist.

Entsprechend der Regelung in Satz 1 muß deshalb nach Satz 2 bei Vorliegen einer Gesamtstrafe § 3 StraffreihG. dann Anwendung finden, wenn in der Gesamtstrafe eine oder mehrere Einzelstrafen enthalten sind, die wegen der in § 3 StraffreihG. aufgezählten Verfehlungen ausgesprochen wurden und Geldstrafen oder Freiheitsstrafen von nicht mehr als sechs Monaten ausmachen.

Wenn die Anwendbarkeit des § 3 StraffreihG. für Fälle zu bejahen ist, in denen wegen mehrerer der in § 3 StraffreihG. aufgezählten Verfehlungen zum Teil Einzelstrafen von mehr als sechs Monaten festgesetzt sind, muß dies erst recht dann gelten, wenn mehrere je sechs Monate nicht übersteigende Einzelstrafen verhängt sind und also weniger schwere Straftaten vorliegen. Es kann auch keinen Unterschied ausmachen, ob sich die Gesamtstrafe nur aus solchen Einzelstrafen zusammensetzt, von denen jede für sich nach Art und Höhe unter § 3 StraffreihG. fällt, oder ob die Gesamtstrafe daneben auch noch solche Einzelstrafen enthält, auf die wegen ihrer Art oder wegen ihrer Höhe § 3 StraffreihG. überhaupt nicht anwendbar ist. Andernfalls wäre derjenige, der zahlreichere oder schwerere Straftaten begangen hat, besser gestellt als derjenige, der sich nur in geringerem Umfang verfehlt hat.

Da die im vorl. Fall festgesetzten Einzelstrafen von fünf und fünf Monaten Gefängnis je für sich nach Art und Höhe unter § 3 StraffreihG. fallen, ist die ausgesprochene Gesamtstrafe von acht Monaten Gefängnis sonach gem. § 3 Abs. 1 und 3 StraffreihG. bedingt erlassen.

(Sondergericht bei dem LG. München I, Beschl. v. 22. Aug. 1936, AVZ Is — So 1103/36.)

Landgerichte: Strafsachen

Amberg

69. Die Vollziehung des Beischlafes mit einer Frau, die infolge ihrer körperlichen und geistigen Veranlagung nicht die Willenskraft zum körperlichen Widerstand aufzubringen vermag, ist in entsprechender Anwendung (§ 2 StGB.) des § 176 Nr. 2 StGB. zu bestrafen.†)

Am Neujahrstage 1936 kam die P. in die Wohnung des Angekl. Die P. ist eine stark verkrüppelte, nur 1,25 m große Person, die die linken Gliedmaßen kaum gebrauchen kann. Sie ist zwar verständig, besitzt aber keinerlei Schulkenntnisse, kann weder lesen noch schreiben und ist ungewöhnlich phantasiearm. Infolge ihrer körperlichen und geistigen Mängel vermag sie nur Arbeiten einfachster Art, wie Brennesselzupfen, Gänsehüten und ähnliches, zu verrichten. Angriffen kann sie weder körperlich noch willensmäßig wirksamen Widerstand entgegensetzen. Als sie an dem genannten Tage zu dem Angekl. kam, faßte er sie an den Armen, zog sie zu dem in dem Zimmer befindlichen Chaiselongue, drückte sie darauf nieder und übte den Geschlechtsverkehr mit ihr aus. Die P. war über dieses Vorgehen des Angekl. so überrascht, daß sie nur „ruh!" sagen konnte, was dahin zu verstehen war, daß er sie in Ruhe lassen sollte. Der Angekl. störte sich aber nicht daran, sondern ließ sie erst los, nachdem er sich befriedigt hatte. Die P. wurde schwanger. Als die Bevölkerung in K. von der Tat erfuhr, war sie sehr aufgebracht.

Der Angekl. erklärt zu seiner Verteidigung, er habe keinerlei Gewalt angewendet, die P. habe sich vielmehr freiwillig

hingegeben. Auch betont er, daß sie nicht geisteskrank sei. Das letztere ist zwar zutreffend. Die P. ist nämlich nach dem Gutachten des Landgerichtsarztes nur als geistesschwach anzusprechen. Doch ist nicht richtig, daß sie sich dem Angekl. freiwillig hingegeben hätte. Sie war vielmehr mit dessen Vorgehen, wie aus ihrer Äußerung „ruh!" hervorgeht, nicht einverstanden.

Der gegebene Sachverhalt rechtfertigt eine Verurteilung des Angekl. wegen Notzucht (§ 177 StGB.) oder Unzucht mit einer Geisteskranken (§ 176 Ziff. 2 StGB.) nicht. Was die Notzucht angeht, so vermochte die P. nicht die Willenskraft aufzubringen, dem Vorgehen des Angekl. einen für diesen erkennbaren körperlichen Widerstand entgegenzusetzen, dessen bewußte Brechung eine Gewaltanwendung, wie sie die Notzucht verlangt, hätte darstellen können. Dies ist um so verständlicher, als sie über das Vorgehen des Angekl. geradezu erstarrt war. Eine unmittelbare Anwendung des § 176 Ziff. 2 StGB. scheidet aus, da die P. zweifelsfrei weder geisteskrank noch hochgradig geistesschwach ist.

Wohl aber war der Angekl. nach § 2 StGB. i. Verb. m. § 176 Ziff. 2 StGB. zu bestrafen, da er durch sein Vorgehen gegen die P. den Grundgedanken des § 176 StGB. und insbes. der Ziff. 2 desselben verletzt hat und seine Tat nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdient.

Der Grundgedanke des § 176 StGB. geht nämlich dahin, solchen Personen, die nicht in der Lage sind, unsittlichen Angriffen wirksamen Widerstand zu leisten, besonderen strafrechtlichen Schutz zu gewähren. Er führt drei Gruppen solcher Personen auf, nämlich Frauen, gegen die mit Gewalt vorgegangen wird, willenlose, bewußtlose und geisteskranke Frauen und Kinder unter 14 Jahren. Wenn auch die P. nicht unter eine dieser Gruppen fällt, so bedarf sie doch mindestens des gleichen strafrechtlichen Schutzes, da sie bei ihrem körperlichen und geistigen Schwächezustand gleichfalls nicht in der Lage ist, unsittlichen Angriffen in wirksamer Weise zu begegnen. Wenn der Angekl. in unsittlicher Weise gegen sie vorging, ja wenn er sie in ihrer Hilflosigkeit zum außerehelichen Verkehr mißbrauchte, verdient er mindestens ebenso Bestrafung, wie wenn er sich an einer geisteskranken Frauensperson oder einem Kinde unter 14 Jahren vergangen hätte, die ihm vielleicht beide mehr Widerstand zu leisten vermocht hätten. Eine Bestrafung des Angekl. entspricht auch dem gesunden Volksempfinden, das hilflose Personen unsittlichen Angriffen gegenüber geschützt wissen will und das in der heftigen Erregung der Bevölkerung am Tatort greifbaren Ausdruck gefunden hat. Dabei war die Kammer der Auffassung, daß die Ziff. 2 des § 176 StGB. am besten auf die Tat des Angekl. zutrifft, da sie unabhängig von dem Alter der darin genannten Personen die besondere, sich aus ihrem körperlichen und geistigen Schwächezustand ergebende Hilflosigkeit schützen will.

(LG. Amberg, GrStrK., Urt. v. 11. Aug. 1936, 2 Is 304/36.)

Anmerkung: Die Verurteilung aus § 176 Abs. 1 Nr. 2 StGB. ist im Ergebnis ohne Bedenken. Fraglich kann nur sein, ob es der Anwendung des § 2 StGB. bedurfte oder ob nicht § 176 Abs. 1 Nr. 2 unmittelbar anzuwenden war. Die genannte Vorschrift bedroht die Vollziehung des außerehelichen Beischlafs mit willenlosen, bewußtlosen oder geisteskranken Frauen. Bewußtlos war die P. nicht. Ebenso war sie nicht geisteskrank im Sinne dieser Vorschrift. Als geisteskrank ist zwar auch eine Geistes s c h w a c h e anzusehen, jedoch nur, wenn sie „infolge ihres Geisteszustandes außerstande ist, zwischen einer dem Sittengesetz entsprechenden und einer ihm widerstreitenden Befriedigung des Geschlechtstriebes zu unterscheiden und dem an sie gestellten Verlangen eines außerehelichen Beischlafs mit freier Entschließung zu begegnen" (RGSt. 70, 32). So aber liegt es hier nicht, da die P. mit dem Vorgehen des Angekl. nicht einverstanden war; ihre geistige Schwäche nahm ihr nicht den Willen zum Widerstand, sondern nur die Fähigkeit, ihren Willen durchzusetzen. Es kann sich daher nur fragen, ob die P. als w i l l e n l o s i. S. der Vorschrift anzusprechen war. Erblickt man mit dem LpzKomm. ([4] Anm. 6 zu § 176) das Wesen der Willenlosigkeit darin, daß die Frau entweder (aus physischen oder psychischen Gründen) keinen Willen hat oder ihn nicht zu äußern vermag, während es nicht genügt, daß sie (z. B. wegen Fesselung) ihren Willen zwar äußern, aber nicht geltend machen kann, so lag Willenlosigkeit bei der P. nicht vor. Denn sie war nach den Urteilsfeststellungen wohl in der Lage, ihr mangelndes Einverständnis zu äußern und hat dies auch getan; es fehlte ihr infolge ihres Zustandes nur die Möglichkeit zur Betätigung ihres Willens durch körperliche Abwehr. Gegen diese einschränkende Auslegung in dem Erläuterungsbuch lassen sich freilich Bedenken geltend machen; es ist nicht recht einzusehen, warum nicht auch die Unfähigkeit zur Willensbetätigung als Willenlosigkeit sollte angesehen werden dürfen. Billigt man sie aber, wie es die StrK. ersichtlich tut, so ist gegen eine „entsprechende" Anwendung des § 176 Nr. 2 StGB. nichts einzuwenden. Dem LG. ist unbedenklich darin zu folgen, daß der Strafgrund des § 176 Nr. 2 die Ausnutzung einer Unfähigkeit der Frau zum Widerstand gegen den angesonnenen außerehelichen Beischlaf ist. Das künftige Recht (vgl. hierzu G r a f G l e i s p a c h in G ü r t n e r, Das kommende deutsche Strafrecht, Bes. Teil, 2. Aufl., S. 209) stellt denn auch bei der schweren Schändung allgemein auf die Widerstandsunfähigkeit der angegriffenen Frau ab, gleichviel worauf sie beruht, und hebt Geisteskrankheit und Bewußtlosigkeit nur beispielshalber hervor („Wer eine Frau, die geisteskrank oder bewußtlos oder aus einem anderen Grunde zum Widerstand unfähig ist, zum außerehelichen Beischlaf mißbraucht . . .").

OLGR. Dr. K. S c h ä f e r, Berlin.

Amtsgerichte: Strafsachen

Braunschweig

70. D e r M i t g e n u ß g e s t o h l e n e r S a c h e n i s t i n e n t s p r e c h e n d e r A n w e n d u n g (§ 2 S t G B.) d e s § 259 S t G B. s t r a f b a r. †)

Die beiden Angekl. L. und S. hatten am 19. Jan. 1936 den Sch. aufgesucht. Beim Verlassen der Wohnung des Sch. nahm L. eine dem Sch. gehörige Sparbüchse mit einem Inhalt von etwa 40 *RM* in einem unbeobachteten Augenblick an sich und steckte sie in seine Tasche. Beide Angekl. begaben sich nun auf den A.-Markt, wo L. die Sparbüchse in Gegenwart von S. aus der Tasche zog und sie öffnete. L. entnahm der Sparbüchse den gesamten Geldinhalt und warf die Büchse dann fort. Beide Angekl. kauften sich nun von dem gestohlenen Gelde je eine Eintrittskarte für das Kino. Nach dem Kino besuchten sie verschiedene Gastwirtschaften und bezahlten die gemeinsame Zeche ebenfalls von der Diebesbeute. Darauf fuhren sie nach W., mieteten eine Krafttaxe und suchten auch in W. mehrere Wirtschaften auf.

S. hat die Büchse vorher bei Sch. stehen sehen und sie auf dem A.-Markt, als L. sie aus der Tasche zog, wiedererkannt.

S. hat das Geld gemeinsam mit L. ausgegeben und so an den Früchten des Diebstahls teilgenommen, obwohl er wußte oder zumindest sich nach den ganzen Umständen sagen mußte, daß L. das Geld gestohlen hatte. Er hat also eine Tat begangen, die nach dem Grundgedanken des § 259 und nach gesundem Volksempfinden Strafe verdient (Vergehen nach § 2 i. Verb. m. § 259 StGB.).

(AG. Braunschweig v. 22. April 1936, Nr. 25 Ds 32/36.)

Anmerkung: Der Entsch. ist zuzustimmen.

Der mitgeteilte Sachverhalt läßt nicht ganz deutlich erkennen, in welcher Weise die beiden Angekl. das gestohlene Geld vertan haben. Hat L. dem S. einen Teil des Geldes zu eigener Verfügung übergeben, so besteht an der Strafbarkeit des S. aus § 259 StGB. kein Zweifel, denn dieser hat dann das gestohlene Geld an sich gebracht. Anders liegt es, wenn L. den S. nur freigehalten, wenn er also dessen Zeche, den Eintrittspreis für das Kino sowie den Fahrpreis für die Kraftdroschke

selbst gezahlt hat. In diesem Falle könnte von einem Ansichbringen des Geldes durch S. keine Rede sein. Auch wenn man die Auslegung des RG., das die Erlangung eigner Verfügungsgewalt fordert, als zu eng empfindet (vgl. dazu Henkel: DJ. 1935, 1738) und sich demgemäß mit den bekannten Entsch., die die Strafbarkeit des Mitgenusses gestohlener Nahrungs- und Genußmittel usw. betreffen (vgl. RGSt. 9, 199; 39, 165; 55, 281), nicht mehr befreunden kann, so würde doch hier von einem Ansichbringen des Geldes nicht gesprochen werden können, weil es hierzu doch jedenfalls der Erlangung irgendeiner Verfügungsmöglichkeit über eine Sache bedarf; der Täter muß auf alle Fälle in der Lage sein, im Einverständnis mit dem Vortäter unmittelbar auf die strafbar erlangte Sache einzuwirken. Daran fehlt es aber, wenn das gestohlene Geld überhaupt nicht in die Hände des S. gekommen ist. Vielmehr handelt es sich auch hier um die Frage, ob die sog. Ersatzhehlerei jetzt mit Hilfe des § 2 StGB. strafbar ist. Diese Frage ist m. E. zu bejahen; ich darf mich insoweit auf meine Ausführungen: JW. 1936, 1230 beziehen. Daß das gesunde Volksempfinden die Bestrafung derjenigen fordert, die sich dabei beteiligen, die Diebesbeute zu verjubeln, beweist die Praxis der unteren Instanzgerichte, die sich ohne Zögern für die „entsprechende“ Anwendung des § 259 ausgesprochen haben. Die dagegen von Kohlrausch, Kurzkomm., 32. Aufl., Anm. 4 zu § 259 und Allfeld: GerS. 107, 315 geäußerten Bedenken beruhen auf der bisher von der h. M. geteilten Auffassung, der Strafgrund des § 259 sei die Aufrechterhaltung des durch die Vortat geschaffenen Zustandes, des „Weiterschiebens der Sache“ (Kohlrausch), nicht aber die Teilnahme an einem verwerflichen Gewinn. Von diesem Standpunkt aus verbietet sich allerdings, worauf ich schon a. a. O. hingewiesen habe, eine „entsprechende Anwendung des § 259 auf die Ersatzhehlerei. Indessen ist der Standpunkt, zu dem sich das künftige Recht auch nach dem neuesten Stand der strafrechtlichen Erneuerungsarbeiten (vgl. dazu Kohlrausch in Gürtner, Das kommende deutsche Strafrecht, Bes. Teil, 2. Aufl., S. 515) bekennt, daß nämlich der Grund für die Bestrafung der Hehlerei auch die Beteiligung an dem Erfolg der Vortat ist, schon für das geltende Recht vertreten worden und vertretbar; für ihn spricht, was bei der Erörterung nicht außer acht gelassen werden darf, gerade der Umstand entscheidend, daß er auf dem Wege über § 2 ermöglicht, eine der empfindlichsten Lücken des geltenden Rechts zu schließen. Von diesem Standpunkt aus läßt sich die von der Strafrechtskommission vorgeschlagene Vorschrift: „Wie ein Hehler wird bestraft, wer in der Absicht, sich oder einen anderen unrechtmäßig zu bereichern, wissentlich aus einer vorsätzlich begangenen strafbaren Verletzung fremden Vermögens Vorteil zieht“, schon auf dem Boden des geltenden Rechts verwirklichen.

OLGR. Dr. K. Schäfer, Berlin.

*

Homburg (Saar)

71. Ein Arbeitsuchender, der durch falsche Vorspiegelungen das Arbeitsamt zu veranlassen sucht, ihm eine Arbeitsstelle zuzuweisen, ist in entsprechender Anwendung (§ 2 StGB.) des § 363 StGB. zu bestrafen. †)

Der Angekl. R. erschien am 8. Juni 1936 bei dem Postagenten D. und gab sich diesem gegenüber als ein gewisser M. und Privatsekretär des Herrn D. (einer einflußreichen Persönlichkeit) aus. Er veranlaßte den Postagenten D., beim Arbeitsamt St. anzurufen, im Auftrage des Herrn D. solle R. — der Angekl. selbst — unverzüglich in Arbeit gebracht werden.

Auf diese Tat des Angekl. kann ein bestimmtes Strafgesetz unmittelbar nicht angewendet werden. Der Ansicht, daß sich der Angekl. eines Betrugsversuchs schuldig gemacht hat, kann sich das Gericht nicht anschließen. Denn die Täuschungshandlung des Angekl. hätte nie zu einem Vermögensschaden des Arbeitsamts oder gegebenenfalls eines den Angekl. einstellenden Arbeitgebers geführt. Einen Schaden hätte lediglich der Volksgenosse gehabt, dem der Angekl. auf Grund seiner Täuschung bei der Arbeitseinstellung vorgezogen worden wäre. Dieser eventuelle Schaden wäre aber nicht dadurch entstanden, daß jener Volksgenosse durch die Täuschungshandlung des Angekl. mittelbar oder unmittelbar veranlaßt eine Vermögensverfügung vorgenommen hätte, wie es zur Erfüllung des Tatbestandes des § 263 RStGB. notwendig ist.

Die Tat verstößt jedoch gegen den Grundgedanken einer anderen Bestimmung des RStGB., nämlich gegen den Sinn des § 363, durch den Täuschungshandlungen zum Zwecke eines besseren Fortkommens unter Strafe gestellt sind. Das Gericht hält unter Zuhilfenahme des § 2 RStGB. eine Verurteilung des Angekl. gem. § 363 für angebracht. Denn nach dem gesunden Rechtsempfinden des deutschen Volkes erscheint der bei dem Angekl. zutage getretene Eigennutz, den er dazu durch eine Täuschungshandlung verwirklichen wollte, strafwürdig. Denn Eigennutz und Unwahrhaftigkeit, wie sie hier zum Schaden eines Dritten hätten führen können, erachtet das Volk nicht nur für moralisch verwerflich, sondern der einfache Mann aus dem Volk könnte es nicht verstehen, wenn ein solches Verhalten deshalb nicht gestraft wird, weil der Gesetzgeber keine spezielle Strafvorschrift gegeben hat.

(AG. Homburg [Saar], Urt. v. 2. Sept. 1936, 5 Cs 213/36.)

Anmerkung: In dem vorl. Urteil hat das Gericht sich veranlaßt gesehen, zur Rechtsschöpfung aus dem gesunden Volksempfinden (§ 2 StGB.) seine Zuflucht zu nehmen, weil es annahm, daß die Tat des Angekl. nicht als Betrugsversuch bestraft werden könne. Diese Annahme erscheint aber unzutreffend. Der Täter ist offenbar davon ausgegangen, daß er, wenn das Arbeitsamt nach den für die Zuteilung der Arbeitsplätze maßgebenden Vorschr. verfahre, noch nicht an der Reihe sei, sondern ein etwa freier oder frei werdender Arbeitsplatz einem anderen, nach den bestehenden Bestimmungen besser berechtigten Arbeitsuchenden zugeteilt werde. Dann aber unterliegt die Annahme eines (untauglichen) Betrugsversuchs kaum Bedenken. Die Vermögensverfügung, die das Arbeitsamt nach der Absicht des Täters auf Grund der Täuschung vornehmen sollte, bestand in der Zuweisung des freien Arbeitsplatzes an den Angekl. Geschädigter, der ja mit dem Getäuschten nicht personengleich zu sein braucht, wäre dadurch derjenige Arbeitsuchende geworden, an den ohne die Täuschung die Zuweisung erfolgt wäre. Denn für ihn bestand nach Lage der Verhältnisse, wenn er auch keinen Rechtsanspruch auf die Zuweisung hatte, doch eine tatsächliche Gewißheit oder Wahrscheinlichkeit, daß, falls nicht noch nachträglich besser berechtigte Bewerber eingeschoben würden, der Arbeitsplatz ihm zuteil würde. Die Entziehung oder auch nur die Beeinträchtigung einer solchen Anwartschaft bildet, wie Rspr. und Schrifttum (vgl. insbes. RGSt. 51, 204 [209]; LpzKomm. [4], Anm. 6 zu § 263) in ähnlichen Fällen angenommen haben, bereits eine Vermögensschädigung. In der genannten Entsch. des RG. z. B. handelt es sich darum, daß ein Fabrikant in der Kriegszeit versucht hatte, durch falsche Angaben die Zuteilung eines höheren Anteils an zwangsbewirtschaftetem Rohmaterial zu erreichen, als ihm zukam. Das RG. hat ausgesprochen, daß strafbarer Betrugsversuch vorliege, wenn der Täter damit rechnete, daß seine Handlungsweise zu einer Verringerung des bei richtiger Handhabung den übrigen Fabrikanten zugebilligten Anteilssatzes führen würde, weil die Entziehung der Aussicht (Anwartschaft) auf die entsprechende Zuteilung eine Beschädigung ihres Vermögens bedeute. Und in RG.: DRZ. 1932 Nr. 755 ist ausgesprochen, daß, wenn zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit nur eine beschränkte Anzahl von Personen zugelassen wird, derjenige, der dank falscher Vorspiegelungen seine Zulassung erwirbt, sich einer Vermögensschädigung des Anwärters schuldig macht, der sonst an seiner Stelle zugelassen worden wäre. Nicht anders ist unser Fall zu entscheiden. Damit aber entfällt die Notwendigkeit und die Möglichkeit, mit §§ 2, 363 StGB. zu arbeiten. Ein Eingehen auf die erheblichen Bedenken, die auch sonst gegen die „entsprechende“ Anwendung des § 363 sprechen, erübrigt sich daher.

OLGR. Dr. K. Schäfer, Berlin.

Preußisches Oberverwaltungsgericht

72. §§ 55, 56 ZustG. v. 1. Aug. 1883 (GS. 237); §§ 6, 17, 42, 43 **Wegeordnung für die Provinz Sachsen** v. 11. Juli 1891 (GS. 316). **Wege- und Brückenunterhaltungspflicht.**

Sind Brücken, die im Zuge eines öffentlichen Weges liegen, nicht ausnahmsweise Privatbrücken, so sind sie entweder Zubehör des öffentlichen Weges oder selbständige Verkehrsanstalten. Die Unterhaltungslast für Brücken, die selbständige Verkehrsanstalten bilden, ist unabhängig von der Unterhaltungslast für die angrenzenden Wegestrecken geregelt.

Die Beschränkung des Nachprüfungsrechts der RevInst. gegenüber der tatrichterlichen Auslegung von Verträgen gilt nicht für vertraglich entstandene „besondere Titel", da diese zu einem Teil des objektiven Rechtes geworden sind.

Übernimmt ein Wegeunterhaltungspflichtiger durch besonderen Titel eine neue Wegeunterhaltungslast, so gilt die Vermutung, daß er auch die neue Last als Wegeunterhaltungspflichtiger und nicht in anderer Eigenschaft übernommen hat. Diese Vermutung ist widerlegbar.†)

Von der Gemeinde M. führt nach der Gemeinde T. ein öffentlicher Weg. Die Grenze zwischen den beiden Gemeinden bildet der Fluß E. Über ihn führt im Zuge des Weges eine Brücke. Der Streit der Parteien geht um die Frage, ob für diese Brücke der Kl. als Eigentümer des früher den Gutsbezirk M. bildenden Gutes oder die neben dem Amtsvorsteher mitbeklagte Gemeinde M. unterhaltungspflichtig ist. Solange es noch einen Gutsbezirk M. gab, wurde die Brücke unbestritten vom Gutseigentümer unterhalten. Als jedoch der Gutsbezirk aufgelöst und mit der Gemeinde vereinigt wurde, lehnte sowohl der Kl. als Eigentümer des früheren Rittergutes als auch die Gemeinde M. als Rechtsnachfolgerin des Gutsbezirks die Unterhaltungspflicht ab.

Am 10. Juni 1935 brach auf der Brücke eine Bohle durch. Wegen Gefahr im Verzuge veranlaßte der Amtsvorsteher als zuständige Polizeibehörde die sofortige Instandsetzung, wodurch 50 RM Kosten entstanden. Durch PolVfg. forderte er sodann unter Bezugnahme auf die §§ 55 und 56 ZustG. v. 1. Aug. 1883 (GS. 237) den Kl. auf, diese Kosten zu erstatten. Seinen Einspruch wies er durch Bescheid zurück. Auch seine Klage im Verwaltungsstreitverfahren wurde in zwei Instanzen abgewiesen. Das PrOVG. hob jedoch beide Vorderurteile auf und änderte die angefochtene PolVfg. des bekl. Amtsvorstehers dahin ab, daß es an Stelle des Kl. die mitbeklagte Gemeinde M. zu der verlangten Leistung für verpflichtet erklärte. In den Gründen seines Urteils führt es aus:

Nicht zu beanstanden ist die Feststellung des BezVerwGer., daß die streitige Brücke keine Privatbrücke ist, sondern eine durch besonderen öffentlich-rechtlichen Titel geschaffene selbständige Verkehrsanstalt bildet, deren Unterhaltung unabhängig von den anschließenden Wegestrecken geregelt ist.

Wenn der Kl. darauf hinweist, daß Brücken über nicht schiffbare Gewässer nach § 6 WegeO. für die Provinz Sachsen v. 11. Juli 1891 (GS. 316) als „Zubehörungen der öffentlichen Wege" gelten und nach § 17 daselbst von den beiden Gemeinden, auf deren Grenze sie liegen, gemeinschaftlich unterhalten werden müssen, so verkennt er die Rechtsnatur dieser Bestimmungen. Diese sind nach § 42 WegeO. nur für diejenigen Wege und Brücken in Kraft getreten, deren Wegebaulast vorher durch „allgemeine oder besondere gesetzliche Vorschr., Ordnungen, Gewohnheitsrechte und Observanzen" geregelt war. Dagegen sind nach § 43 a. a. O. die durch „besonderen Titel" begründeten Rechtsverhältnisse, soweit darin nicht bloß die ohnehin geltenden allgemeinen Regeln anerkannt oder festgestellt sind, ausdrücklich aufrechterhalten. Das BezVerwGer. hat nun gerade festgestellt, daß die Unterhaltungslast für die Brücke nicht auf Grund geltender Vorschr., sondern auf Grund längerer Verhandlungen mit den Beteiligten durch ausdrückliche Verpflichtungserklärung unter Mitwirkung der Polizeibehörde geregelt worden ist. Daß eine solche für den einzelnen Fall getroffene Regelung einen gültigen „besonderen Titel" i. S. der Wegeordnung bildet, ist in Wissenschaft und Rspr. anerkannt (vgl. Germershausen-Seydel, Wegerecht und Wegeverwaltung in Preußen, 4. Aufl., Bd. I S. 325, 326; Drews, Preuß. Polizeirecht, Bd. II S. 291, 292). Mit Recht hat deshalb das BezVerwGer. die §§ 6 und 17 WegeO. für die Provinz Sachsen bei seiner Entsch. außer Betracht gelassen.

Die Frage, ob der hier maßgebende „besondere Titel" rechtsgültig ist und welchen Inhalt er hat, war vom OVG., da es sich um die Anwendung und die Auslegung des geltenden objektiven Rechts handelt, ohne die sonst für die Rev. geltenden Beschränkungen frei zu prüfen.

Dabei erweist sich die Auslegung, die das BezVerwGer. diesem Rechtsakt hat zuteil werden lassen, nicht als zutreffend. Die Grundlage des „besonderen Titels" bildet das Schreiben des Generalbevollmächtigten der Gewerkschaft L., der damaligen Gutsherrin von M., v. 24. Dez. 1866, worin die „Gutsherrschaft M." gegen eine Abfindung von 710 Talern die Unterhaltung der Brücke „für alle Zeiten" übernommen hat. Das BezVerwGer. hat diese Urkunde dahin ausgelegt, daß die Gewerkschaft L. die Unterhaltungspflicht nicht als (öffentlich-rechtlicher) Gutsherr, sondern als (privatrechtlicher) Eigentümer des Rittergutes übernommen hätte.

Wenn hiermit gemeint sein sollte, daß die übernommene Unterhaltungslast die Rechtsnatur einer persönlichen Verpflichtung der Gewerkschaft L. gehabt hätte, so würde eine solche Auslegung mit dem klaren Wortlaut der Verpflichtungsurkunde in offenbarem Widerspruch stehen; es wäre dann unverständlich, aus welchem Grunde der Name des Ritterguts M. in dem Schreiben überhaupt erwähnt wäre. Es hätte dann auch nicht der Kl. als Eigentümer des ehemaligen Rittergutes M. wegen der Instandsetzung der Brücke in Anspruch genommen werden können, sondern höchstens ein Gesamtrechtsnachfolger der ehemaligen Gewerkschaft L.

Offenbar hat das BezVerwGer. auch eine andere Konstruktion im Auge gehabt und angenommen, daß die Gewerkschaft L. die Verpflichtung „mit Rücksicht auf einen bestimmten Grundbesitz", nämlich das Rittergut M., übernommen habe. In der Tat hat das PrOVG. wiederholt dargelegt, daß das öffentliche Recht für Leistungen, welche die Natur öffentlicher Lasten haben, nicht lediglich wie das Privatrecht den Unterschied von dinglichen und persönlichen Lasten kennt, sondern daß sich geschichtlich noch ein drittes Rechtsverhältnis ausgebildet hat, nach dem Rechte und Pflichten mit Rücksicht auf Grundbesitz auszuüben oder zu leisten sind (OVG. 30, 252, 260; 88, 252, 258). Eine solche Rechtskonstruktion war notwendig geworden, weil vielfach, namentlich im Wegewesen, öffentlich-rechtliche Verpflichtungen in untrennbarem Zusammenhange mit bestimmten Grundstücken standen, die nicht mit der Person eines bestimmten Eigentümers dieser Grundstücke wegfallen konnten, andererseits aber auch nicht im Grundbuch eingetragen waren oder sonst i. S. des bürgerlichen Rechts dinglichen Charakter hatten. Insbesondere kamen hier brücken- und wegebauliche Verpflichtungen bei Mühlengrundstücken, später auch bei industriellen Unternehmungen, in Betracht.

Für die öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen, die dem Eigentümer eines einen selbständigen Gutsbezirk bildenden Gutes in der Zeit vor der Auflösung der Gutsbezirke oblagen, war jedoch diese Rechtskonstruktion nicht erforderlich. Denn diese Verpflichtungen waren schon kraft Gesetzes regelmäßig nicht persönliche Verpflichtungen des Gutsbesitzers, auch nicht dingliche Lasten des Gutes, sondern sie waren auf ihre besondere Weise mit dem Grundbesitze am Gute verbunden (OVG. 30, 260). Theoretisch ist es freilich denkbar, daß auch der Eigentümer eines einen selbständigen Gutsbezirk bildenden Gutes ebenso wie der Eigentümer eines Mühlengrundstücks eine öffentlich-rechtliche Verbindlichkeit „mit Beziehung auf den Grundbesitz", also als

Privateigentümer des Gutslandes, übernommen hat, aber eine derartige Absicht kann nicht vorausgesetzt werden, wenn dafür nicht irgendein Grund erkennbar ist. Ganz besonders gilt dies für wegerechtliche Verpflichtungen, wie sie jeder Eigentümer eines Gutsbezirks in mehr oder minder großem Umfange in seiner Eigenschaft als Gutsherr zu erfüllen hatte. Wenn daher ein solcher Gutsbesitzer durch besonderen Titel eine neue öffentlich-rechtliche wegebauliche Verpflichtung übernommen hat, so spricht die Vermutung dafür, daß diese Pflicht ebenso wie die gesetzliche Wegebaulast behandelt werden sollte, daß sie also als öffentlich-rechtliche Kommunallast den Gutsherrn als solchen traf.

Dafür, daß die Unterhaltungslast für die E.-Brücke im Jahre 1866 abweichend von dieser Regel hätte geordnet werden sollen, sind irgendwelche Gründe nicht ersichtlich. Insbesondere sind die vom BezVerwGer. für seine Auffassung angeführten Tatsachen nicht geeignet, die Annahme einer beabsichtigten regelwidrigen Vereinbarung zu begründen. Denn daß ein Gutsherr auch dann ohne weiteres durch besonderen öffentlich-rechtlichen Titel eine Unterhaltungspflicht für den Gutsbezirk übernehmen konnte, wenn er von Gesetzes wegen nicht dazu verpflichtet war, insbes. auch für Wege und Brücken außerhalb des Gutsbezirks, steht außer jedem Zweifel. Es ist auch nicht ersichtlich, inwiefern der Gutsherr als Privateigentümer mehr Interesse an der Brücke gehabt haben sollte als in seiner Eigenschaft als Träger der öffentlich-rechtlichen Wegebaulast.

Der Bekl. behauptet allerdings, daß dies der Fall gewesen sei, weil damals der Gutsbesitzer zugleich Eigentümer des Eisenwerks L. gewesen sei und der Brückenbau in dessen Interesse gelegen habe. Zunächst kann das schon deshalb nicht als entscheidend angesehen werden, weil vielfach persönliche Gründe des Gutsbesitzers für die Übernahme öffentlich-rechtlicher Lasten als Gutsherr maßgebend gewesen sind, ohne den Charakter dieser Lasten zu beeinflussen. Im übrigen ist das vorwiegende oder alleinige Interesse des Eisenwerks bestritten und kann nicht ohne weiteres als dargetan gelten.

Endlich ist es auch unerheblich, ob in den verschiedenen Verhandlungen und Schreiben, die der Erklärung v. 24. Dez. 1866 vorangegangen und nachgefolgt sind, die Unterhaltungspflichtige als „Dominium M.“ oder als „Eisenwerk L.“ bezeichnet war; denn da es sich um eine mit Bezug auf das Rittergut M. zu übernehmende Verpflichtung handelte und das Eisenwerk L. der Gutsherr von M. war, so waren beide Bezeichnungen gleichwertig.

Hiernach ist kein sachlicher Grund zu erkennen, der für die Annahme einer nicht öffentlich-rechtlichen Verpflichtung im vorliegenden Fall spräche und daher geeignet wäre, die oben dargelegte Vermutung von der öffentlich-rechtlichen Natur der Wegebauleistungen zu widerlegen, die der Eigentümer eines einen selbständigen Gutsbezirk bildenden Gutes für öffentliche Wege übernommen hat.

Nach alledem kann die Urk. v. 24. Dez. 1866 nur so ausgelegt werden, daß die Brückenunterhaltungslast von der Eigentümerin des Rittergutes M. als eine gutsherrliche Verpflichtung übernommen worden ist. Das hat zur Folge, daß sie mit der Auflösung des Gutsbezirks auf die Gemeinde M. als Rechtsnachfolgerin übergegangen ist.

(PrOVG., 4. Sen., Urt. v. 11. Juni 1936, IV C 156/35.)

Anmerkung: Die Entsch. ist bemerkenswert. Sie behandelt in zutreffender Weise sowohl eine Reihe wichtiger Sonderfragen des Wegerechts wie auch allgemeine Fragen des Verwaltungsstreitverfahrens.

Die Parteien des Verfahrens hatten in ihren Revisionsschriftsätzen vor allem die Frage der Zulässigkeit der Rev. erörtert. Der Kl. erstrebte mit ihr eine Überprüfung der Auslegung, die beide Vorinstanzen der Vereinbarung v. 24. Dez. 1866 gegeben hatten. Er hielt dieser Auslegung entgegen, daß sie angeblich gegen den klaren Wortlaut der Vereinbarung verstoße und deshalb nach RGZ. 40, 120 einer Überprüfung durch das RevG. zugänglich sei. Die Bekl. widersprachen diesem Begehren und erklärten, das RevG. sei an die vom Tatrichter vorgenommene Vertragsauslegung gebunden. Beide Parteien hatten somit grundsätzlich den gleichen Ausgangspunkt: sie sahen in der Vereinbarung v. 24. Dez. 1866 lediglich einen Vertrag, der in der Ebene subjektiver Parteibeziehungen geblieben war. Sie stritten jedoch — bei Übereinstimmung im Grundsätzlichen — darüber, ob nicht trotz der reinen Vertragsnatur der erwähnten Vereinbarung deren Auslegung durch die beiden Tatinstanzen ausnahmsweise — wegen angeblichen Verstoßes gegen den klaren Wortlaut — durch das RevG. nachgeprüft werden dürfe. Das Urteil zeigt, daß sich beide Parteien hierbei gemeinsam in einem entscheidenden Irrtum befanden. Die streitige Vereinbarung ist hier nur die besondere Entstehungsform eines sog. „Sondertitels“ und mithin ein Bestandteil des objektiven Rechts. Damit erweist sich die Überprüfung ihrer Auslegung für das RevG. ohne weiteres als zulässig. Dieser Sachverhalt mag den Anlaß bieten, nachstehend einmal grundsätzlich zur Zulässigkeit der revisionsrichterlichen Nachprüfung einer tatinstanzlichen Vertragsauslegung Stellung zu nehmen:

Der Kl. glaubte, die Zulässigkeit der von ihm eingelegten Rev. aus RGZ. 40, 120 herleiten zu können. Das RG. erkennt nämlich a. a. O. die Auslegung eines Vertrages gegen den klaren Wortlaut ausnahmsweise als Revisionsgrund an. Hierbei geht es jedoch davon aus, daß die Auslegung des Vertrages in dessen Wortlaut keine Stütze findet. Selbst wenn man also gegenüber einer tatrichterlichen Vertragsauslegung der Meinung sein könnte, daß die Fassung des Vertrages auch eine andere Auslegung zulasse, so ist doch damit noch keineswegs dem vom RG. a. a. O. aufgestellten Revisionserfordernis einer Auslegung „gegen den klaren Wortlaut“ genügt. Vielmehr ist in einem solchen Falle die vom Vorderrichter vorgenommene Auslegung als bindende tatrichterliche Feststellung nicht mit der Revision angreifbar. Das RG. ist übrigens keineswegs leicht geneigt, einem Revisionsangriff auf tatrichterliche Vertragsauslegungen Folge zu geben. Es mag nur auf die beiden Entsch. RGZ. 123, 357 = JW. 1929, 1596 [15] (m. Anm.) und RGZ. 133, 19 verwiesen werden. In der zuerst genannten Entsch. heißt es: „Die Feststellung des Inhalts einer Privaturkunde betrifft die Auslegung von Erklärungen, die außerhalb des vorl. Prozesses abgegeben worden sind, so daß sie in das Gebiet der in der RevInst. nicht nachprüfbaren tatsächlichen Würdigung fällt.“ Auch in der Entsch RGZ. 133, 19 führt das RG. aus, der Rev. sei „in erster Reihe entgegenzuhalten, daß die Entsch. des BG. auf einer Auslegung der Bestimmungen des Vertrages beruht, die nur dann für die Rev. angreifbar wäre, wenn sie sich als unmöglich herausstellen oder gegen Auslegungsgrundsätze verstoßen würde“. Außer diesen vom RG. aufgestellten Grundsätzen für die revisionsrichterliche Nachprüfung einer tatrichterlichen Vertragsauslegung erkennt das RG. nur noch den Inhalt sog. typischer Verträge (z. B. Speditions- oder Versicherungsbedingungen) als revisible Normen an (vgl. RGZ. 134, 82, 83 = JW. 1932, 175 [11]).

Mit dieser Rspr. des RG. deckt sich sinngemäß die Stellungnahme, die im verwaltungsrechtlichen Schrifttum und vor allem auch in der Rspr. des PrOVG. zu der erörterten Frage eingenommen wird. Diese taucht hier vor allem bei der Untersuchung des Revisionsgrundes der „Aktenwidrigkeit“ oder genauer: der „Abweichung von dem offenkundigen Inhalt der Akten“ auf (§§ 94, 79 S. 1 LVG.; vgl. OVG. 89, 418 ff.). Das PrOVG. stellt an die Revisibilität tatrichterlicher Auslegungen von Willenserklärungen mindestens ebenso strenge Anforderungen wie das RG. So heißt es z. B. in OVG. 25, 308: „Es handelt sich um ... eine Auslegung von Willenserklärungen. Ein Angriff gegen die aus der Fassung der vorl. Schriftstücke gezogenen Folgerungen hätte deshalb nur darauf gestützt werden können, daß sie aktenwidrig seien oder daß doch bei der Beurteilung der Erklärungen gegen die gesetzlichen Auslegungsregeln verstoßen worden sei.“ Auch OVG. 28, 153 erklärt ausdrücklich, daß die „Feststellung des Inhalts von Willenserklärungen wesentlich Sache der tatsächlichen Beurteilung“ sei. Im gleichen Sinne lauten noch zahlreiche weitere Urteile des PrOVG.: PrVerwBl. 7, 325 links und 14, 158 rechts. „Da die Rev. nur auf die Punkte 1 und 2 in § 94 LVG. gestützt werden kann, scheiden für das RevG. die tatsächlichen Feststellungen und die Beweiswürdigung des Vorderrichters aus. Es hat sie vielmehr hinzunehmen, es ist an sie gebunden, es hat beides nicht nachzuprüfen“ (v. Brauchitsch, Verwaltungsgesetze für Preußen, I. Bd., 24. Aufl., Anm. 2 zu § 94 LVG.; vgl. auch OVG.

18, 330; 19, 404; 23, 54). Ebenso äußert sich auch Friedrichs: „Dem tatsächlichen Gebiete gehören an ... die Auslegung aller Willenserklärungen, Beschlüsse und Statuten, welche keine objektiven Rechtsnormen bilden" (Friedrichs, LVG., § 94 Anm. 7; derselbe VerwRPfl., II. Bd. S. 982). Besonders beachtlich an diesem Zitat von Friedrichs ist der abschließende Relativsatz, der keine Erläuterung der Beziehungsworte, sondern eine Einschränkung des zuvor Gesagten bringen soll. Sinn und Tragweite dieser Einschränkung sind gerade im vorl. Verwaltungsstreitverfahren bedeutsam geworden. In ihm erwiesen sich die streitigen Willenserklärungen ausnahmsweise zugleich als Bestandteil des objektiven Rechts, als wegerechtlicher „Sondertitel", und unterlagen somit in vollem Umfang der revisionsrichterlichen Auslegung.

Auch sonst ist dem Urteil zuzustimmen. Mit Recht erklärt es der Senat für bedenkenfrei, daß der Vorderrichter den Charakter der streitigen Brücke als öffentliches Verkehrsinstitut festgestellt und angenommen hat, die Brücke sei nicht ein unselbständiger Teil des Weges, „vielmehr ein eigenes Kommunikationsmittel, eine eigene Verkehrsanstalt". Es können nämlich auch Brücken, die im Zuge eines öffentlichen Weges liegen, rechtlich eigene Verkehrsanstalten sein, wenn sie auch „grundsätzlich" (so Froelich bei Drews, Preuß. Polizeirecht, 2. Bd. S. 299) Bestandteil dieser Wege sind. Dieser Grundsatz gilt eben nicht lückenlos, sondern läßt abweichenden Ausnahmen Raum. Wenn solche Brücken somit auch „grundsätzlich ... im Gebiete des ALR. Bestandteile des Weges sind, in dessen Zuge sie liegen" (Germershausen-Seydel, Wegerecht und Wegeverwaltung in Preußen, 4. Aufl., 1. Bd. S. 35), so gibt es doch auch „Brücken, welche eine eigene Kommunikationsanstalt bilden, also von einem anderen als dem für die anschließenden Wege Pflichtigen zu unterhalten sind" (Germershausen-Seydel a. a. O. S. 40). Die Entsch. befindet sich somit auch in dieser Richtung im Einklang mit dem geltenden Recht.

Besonders beachtlich und — soweit ersichtlich — wohl in der vorl. Entsch. erstmals ausgesprochen ist vor allem die vom Senat aufgestellte Vermutung bzgl. der Übernahme der Wegeunterhaltungslast durch einen ohnehin Wegeunterhaltungspflichtigen. Wenn ein ohnehin Wegeunterhaltungspflichtiger durch besonderen Titel für bisher nicht seiner Wegeunterhaltungslast unterliegende Wege (oder Brücken) die Unterhaltungslast neu übernimmt, so gilt nach der Entsch. die Vermutung, daß auch die neue Last von ihm als Wegeunterhaltungspflichtigem und nicht in anderer Eigenschaft übernommen worden ist. Diese Vermutung ist m. E. in der Tat ein brauchbarer rechtlicher Ordnungsgesichtspunkt, der sich in aller Regel mit der Wahrscheinlichkeit des Lebens im Einklang befindet. Allerdings muß, wie es in der Entsch. geschieht, die Widerlegung dieser Vermutung zugelassen werden. Man könnte sogar erwägen, ob man dem erwähnten Gesichtspunkt nicht besser nur die schwächere Kraft des Prima-facie-Beweises beilegen, ihn also nicht nur bei voller Widerlegung, sondern schon bei Aufzeigung wichtiger widersprechender Umstände fallen lassen sollte. Solche Umstände müßten m. E. darin gefunden werden, daß für die Übernahme einer neuen Last nachweislich reine Privatinteressen des Lastenträgers maßgeblich gewesen sind. Dann sollte richtigerweise gerade umgekehrt vermutet werden, daß dem privaten Motiv auch eine angemessene rechtliche Verwirklichung zuteil geworden, die neue Pflicht also zu privaten Lasten des Lastenträgers übernommen worden ist. Denn letzteres wäre die sachgemäße und anständige Lösung, und anständiges Verhalten ist zu vermuten. Mag auch bisweilen das Gegenteil vorkommen, so darf man doch nicht davon ausgehen, daß private und öffentliche Interessen miteinander verquickt werden. Deshalb erscheint es bedenklich, wenn das Urteil ausführt, daß „vielfach persönliche Gründe des Gutsbesitzers für die Übernahme öffentlich-rechtlicher Lasten als Gutsherr maßgebend gewesen sind, ohne den Charakter dieser Lasten zu beeinflussen". Wenn auch bei dem früheren Gutsherrn dessen öffentlich-rechtliche und private Eigenschaft in einer Person vereint waren und Lasten, die ihn als öffentlich-rechtlichen Gutsherrn wie als privaten Eigentümer des Gutes trafen, aus der gleichen Substanz bezahlt wurden, ist doch eine begriffliche Scheidung geboten, zumal dies bei anderen Lastenträgern vielfach anders liegt. Übrigens ist eine Wegeunterhaltungslast, auch wenn sie eine Privatperson trifft, eine Verpflichtung kraft öffentlichen Rechts und keine privatrechtliche Verpflichtung. Es ist daher mißverständlich, wenn es am Schluß der Entsch. heißt, es sei „kein sachlicher Grund zu erkennen, der für die Annahme einer nicht öffentlich-rechtlichen Verpflichtung spräche und daher geeignet wäre, die oben dargelegte Vermutung von der öffentlich-rechtlichen Natur der Wegebauleistungen zu widerlegen, die der Eigentümer eines einen selbständigen Gutsbezirk bildenden Gutes für öffentliche Wege übernommen hat". Diese Unterscheidung ist schief: Es stand allein zur Erörterung, ob die im einen wie im anderen Falle öffentlich-rechtliche Verpflichtung zu Lasten des öffentlich-rechtlichen Gutsherrn oder des privaten Gutseigentümers übernommen worden war.

RA. Reuß, Berlin.

*

73. §§ 53, 38 II 15 ALR.; §§ 2 Abs. 3, 8 PrPolKostenG. v. 2. Aug. 1929 (GS. 162). Wegeunterhaltung, Brücken, Polizeikosten. Ein Streit über Verpflichtungen, die sich aus § 2 Abs. 3 PolKostenG. v. 2. Aug. 1929 für den Wegeunterhaltungspflichtigen ergeben, kann immer nur die Kosten-, aber nicht die Herstellungspflicht betreffen. Auch die im Gebiete des ALR. selbständige Verkehrsanstalten bildenden Brücken über schiffbare Gewässer gehören zum Wegewesen und zur Zuständigkeit der Wegepolizei. Sie müssen, wenn auch ihre Neuanlegung oder Beseitigung polizeilich weder erzwungen noch verhindert werden kann, während der Dauer ihres Bestehens im ordnungsmäßigen Zustand erhalten werden. Diese Unterhaltungspflicht beschränkt sich nicht auf die eigentliche Brücke selbst (die Brückenkonstruktion), vielmehr hat der Brückenunterhaltungspflichtige, und nicht der Wegebaupflichtige der anstoßenden Wege, auch den über die Brücke führenden Weg zu unterhalten. Die Verkehrsregelung und die Bewachungsmaßnahmen anläßlich von Wegesperrungen gehören zur Wegebaupflicht und, falls es sich um Sperrungen auf einer Brücke handelt, zur Unterhaltungspflicht des Brückenunterhaltungspflichtigen. †)

In den Jahren 1933/34 wurden die dem Lande Preußen gehörigen Warthe-Brücken in Küstrin von der Oderstrombauverwaltung umgebaut und während der Bauarbeiten teilweise (halbseitig) für den öffentlichen Verkehr gesperrt. Die infolgedessen notwendig werdende besondere Verkehrsregelung erfolgte in der Weise, daß auf den Auffahrtsrampen Verkehrsposten aufgestellt wurden, welche zu verhindern hatten, daß sich aus verschiedenen Richtungen kommende Fahrzeuge auf den Brücken begegneten. Zwischen der Oderstrombauverwaltung und der Stadt Küstrin entstand Streit, wer die Kosten für diese Verkehrsregelung zu tragen habe. Die Oderstrombauverwaltung, vertreten durch den OPräs. in Breslau, verlangte von der Stadt Küstrin die Erstattung eines zunächst aufgewendeten Betrags von 800 *RM*. Die Stadt lehnte diese Forderung ab mit der Begründung, daß diese Kosten zu den Kosten i. S. des § 2 Abs. 3 PolKostenG. v. 2. Aug. 1929 gehörten und von dem Lande Preußen als dem hinsichtlich der Brücken Wegeunterhaltungspflichtigen zu tragen seien. Der OPräs. erhob daraufhin beim BezAussch. Klage gegen die Stadtgemeinde Küstrin „wegen Wegeunterhaltung aus § 56 Abs. 5 ZustG." und beantragte „festzustellen, daß die Stadt Küstrin verpflichtet ist, die Kosten der Verkehrsregelung zu tragen". Dazu trug er vor, daß die auf § 53 II 15 ALR. beruhende Unterhaltungspflicht des Fiskus an Brücken über öffentliche Flüsse eine wesentlich engere sei als die öffentlich-rechtliche Wegebaupflicht nach § 55 ZustG. Nach OVG. 73, 359 sei es Sache des zur Unterhaltung der anstoßenden Wege Verpflichteten, den Anschluß an die Brücken zu gewinnen und ihn der jeweiligen Gestaltung der Brücken anzupassen. Die Stadt Küstrin, welche die anschließenden Wege zu unterhalten habe, sei sonach verpflichtet, den durch den Brückenumbau vorübergehend unterbrochenen ungehinderten Zugang

zur Aufrechterhaltung des öffentlichen Verkehrs durch Übernahme der Verkehrsregelung wiederherzustellen und die Kosten dafür zu tragen.

Die Stadtgemeinde entgegnete, daß mit der dem Staat obliegenden Brückenunterhaltung untrennbar die Unterhaltung des Weges auf der Brücke verbunden sei. Darunter fielen auch die infolge der teilweisen Sperrung der Brücken während des Umbaues zur Aufrechterhaltung des Verkehrs nötigen Maßnahmen. Mit der Wegeunterhaltungspflicht des über die Brücken führenden Weges habe der für die anschließenden Wege Unterhaltungspflichtige nichts zu tun. Im übrigen sei im vorl. Falle nicht die Stadt Küstrin hinsichtlich dieser Wege unterhaltungspflichtig, sondern die Provinz Brandenburg. Die Stadt habe nämlich die Unterhaltung der zu den Brücken führenden Wege nur bis etwa 8 m vor den Dehnungsfugen beiderseits der Brücken übernommen, so daß zwischen den Brücken und den von der Stadt zu unterhaltenden, im Zuge dieser Brücken gelegenen Straßen noch Straßenteile lägen, die von der Provinzialverwaltung zu unterhalten seien.

Das BezVerwGer. wies die Klage mit folgender Begründung ab:

Kl. stütze seine Klage auf § 56 Ziff. 5 ZustG. v. 1. Aug. 1883 (GS. 237). Nach § 56 Ziff. 5 müsse es sich um eine Streitigkeit der Beteiligten darüber handeln, wem von ihnen die öffentlich-rechtliche Verpflichtung zur Unterhaltung der Brücke obliege. Eine solche Streitigkeit stehe aber nicht in Frage. Der Streit gehe vielmehr darum, wer die Kosten der Verkehrsregelung nach § 2 Abs. 3 PolKostenG. v. 2. Aug. 1929 zu tragen habe. Einen solchen Streit habe aber nach § 8 a. a. O. zunächst der RegPräs. zu entscheiden. Würde das BezVerwGer. ohne diese Vorentscheidung eine Entsch. fällen, so würde es dies nur unter Verletzung der Bestimmung des § 8 a. a. O. tun können. Die Klage müsse deshalb zunächst aus formellen Gründen abgewiesen werden.

Die Rev. des klägerischen OPräs. wies das OVG. zurück.

Der auf § 56 Abs. 5 ZustG. gestützte Klageantrag ging ursprünglich auf Feststellung der Verpflichtung der Stadt Küstrin, „die Verkehrsregelung zu treffen oder ersatzweise“ auf Verurteilung der Stadt zur Zahlung von 800 *RM*. Auf Veranlassung des BezVerwGer. hat Kl. sodann seinen Klageantrag berichtigt und allein auf die Feststellung gerichtet, daß die Stadt verpflichtet sei, die Kosten der Verkehrsregelung zu tragen. Gegenüber den wiederholten Hinweisen des BezVerwGer., daß es sich bei dem Klagebegehren nur um eine Streitigkeit aus § 8 PolKostenG. v. 2. Aug. 1929, nicht aber um eine Feststellungsklage aus § 56 Abs. 5 ZustG. handeln könne, hat Kl. darauf bestanden, die Klage auf die zuletzt genannte Gesetzesvorschrift stützen zu wollen. Der berichtigte Klageantrag ist zwar seinem Wortlaut nach auf Feststellung der Kostenpflicht der Bekl. gerichtet. Wie sich jedoch aus den obwaltenden Umständen, insbes. auch aus der Einleitung und Begründung der Klage ergibt und auch in der Revisionsbegründung zum Ausdruck gebracht ist, geht der Wille des Kl. tatsächlich dahin, die allgemeine Wegebaupflicht der Bekl. festgestellt zu sehen, d. h. die Pflicht, wegebauliche Leistungen zu vollbringen, nicht aber die Pflicht, die Kosten zu tragen für wegebauliche Leistungen, die ein anderer ausgeführt hat. Hiervon war bei der Prüfung der Vorentscheidung auszugehen, nachdem Kl. nochmals in seinen Revisionsschriftsätzen betont hat, daß er seine Klage auf § 56 Abs. 5 ZustG. gestützt habe.

Das BezVerwGer. hat die Klage aus dem förmlichen Grunde abgewiesen, daß ein lediglich die Kosten der fraglichen Verkehrsregelung betreffender Streit aus § 2 PolKostenG. bestehe, über den sachlich nicht entschieden werden könne, da die nach § 8 Abs. 1 a. a. O. notwendige Entsch. des RegPräs. nicht ergangen sei. Die Annahme des BezVerwGer., daß es sich hier um einen Kostenstreit aus § 2 PolKostenG. handelt, ist aber nach den obigen Ausführungen irrtümlich. Sie ist es auch schon deshalb, weil nach feststehender Rspr. des Gerichts eine Feststellungsklage, die hier zur Entsch. steht, nur für solche Fälle gegeben ist, in denen die Gesetze sie besonders zulassen. Das ist jedoch in dem den Rechtsmittelweg behandelnden § 8 PolKostenG. nicht geschehen.

Im übrigen kann auch nicht etwa für Klagen, die keine Feststellungsklagen sind und die die Pflicht zur Herstellung und Unterhaltung der im § 2 Abs. 3 PolKostenG. erwähnten Wegeverkehrseinrichtungen selbst betreffen, die Anwendbarkeit der Bestimmungen des PolKostenG., insbes. der Bestimmungen des § 8, bejaht werden; denn das PolKostenG. handelt nur von den Kosten, und nur die Kostenpflicht, nicht aber die Herstellungspflicht, ist durch § 2 Abs. 3 PolKostenG. neu geregelt und dem Wegebaupflichtigen auferlegt worden (vgl. auch Brauchitsch, Verwaltungsgesetze, 22. Aufl., Bd. II, 1. Halbband, S. 211, Anm. 4: Bestreitung der „Kostenpflicht“ gegenüber einer polizeilichen Vfg. nach § 8 Abs. 6 PolKostenG.). Es ist zwar richtig, daß in § 2 Abs. 3 letzter Satz a. a. O. von den „Anforderungen der Verkehrspolizeibehörde“ hinsichtlich Art, Umfang usw. der Verkehrseinrichtungen die Rede ist. Hierunter sind aber keine Anforderungen, die an den Wegebaupflichtigen zur Herstellung polizeimäßiger Zustände des Weges gerichtet werden, zu verstehen, sondern Anforderungen, welche die Polizei an die sachliche Gestaltung des Weges stellt. Wollte man das Gegenteil annehmen und demgemäß der Ansicht sein, daß auf Grund des § 2 Abs. 3 PolKostenG. polizeiliche Anforderungen auf Herstellung polizeimäßiger Zustände an den Wegebaupflichtigen gestellt werden könnten und, was daraus folgt, eine Anfechtung dieser Anforderungen nach den Vorschriften des PolKostenG. vorzunehmen sei, so würde diese Annahme keine Stütze in den sonstigen nur die Kosten betreffenden Bestimmungen des Gesetzes finden. Eine Regelung der materiellen Wegeleistungspflicht durch eine einzelne Vorschr. in einem sonst nur Kostenbestimmungen enthaltenden und sich in seiner Überschrift ausdrücklich als Kostengesetz bezeichnenden Gesetz erscheint aber so außergewöhnlich, daß eine dahingehende Absicht des Gesetzes nicht ohne weiteres angenommen werden kann, vielmehr, wenn sie bestanden haben sollte, ausdrücklich hätte bekundet werden müssen. Das hat um so mehr zu gelten, als eine derartige Regelung, wie erwähnt, auch die Anfechtungsmöglichkeiten gegenüber polizeilichen Anforderungen der fraglichen Art gemäß den Vorschr. des PolKostenG. ändern und eine Abweichung von den Zuständigkeits- und Rechtsmittelbestimmungen des § 56 ZustG. in einer Form darstellen würde, welche keine klare Abgrenzung zwischen den unter die eine und den unter die andere Gesetzesbestimmung fallenden Rechtsstreitigkeiten erkennen läßt oder ermöglicht; es würden sich daher Unklarheiten auf diesem Rechtsgebiet ergeben, die nicht ohne weiteres als dem Willen des Gesetzgebers entsprechend angesehen werden können. Aus vorstehenden Gründen kann demgemäß auch aus den Worten „Anforderungen der Verkehrspolizeibehörde“ im § 2 Abs. 3 PolKostenG. nicht entnommen werden, daß das PolKostenG. Bestimmungen über wegebauliche Leistungen des Wegebaupflichtigen getroffen habe und Streitigkeiten über solche Leistungen, sei es im Wege der Anfechtung polizeilicher Vfg., sei es im Wege der Klage zwischen beteiligten Wegebaupflichtigen nach den Vorschr. des PolKostenG. ausgetragen werden könnten. Es bedarf bei dieser Rechtslage keiner weiteren Prüfung, ob die streitigen Bewachungsmaßnahmen aus Anlaß der teilweisen Brückensperre zu den im § 2 Abs. 3 genannten Verkehrseinrichtungen gehören.

Hiernach hat das BezVerwGer. rechtsirrtümlich im vorl. Fall, in dem es sich nach den obigen Ausführungen um eine Feststellungsklage bzgl. der Wegebaupflicht gem. § 56 Abs. 5 ZustG. handelt, einen Kostenstreit nach § 2 Abs. 3 PolKostenG. für vorliegend und demgemäß die Zuständigkeits- und Rechtsmittelbestimmungen des PolKostenG. für anwendbar erachtet. Wegen dieses Rechtsirrtums mußte freie Beurteilung durch das RevG. eintreten.

Hierbei war zunächst die Zulässigkeit der Feststellungsklage aus § 56 Abs. 5 a. a. O. zu prüfen. Daß auf diese gesetzliche Bestimmung eine Feststellungsklage gestützt werden kann, ist in ständiger Rspr. des Gerichtshofs anerkannt (vgl. OVG. 79, 133; 84, 302). Diese Klage hat zur Voraussetzung, daß eine Streitigkeit zwischen Beteiligten darüber besteht, wem von ihnen die öffentlich-rechtliche Verpflichtung zur Unterhaltung eines öffentlichen Weges obliegt. Nach dem Klagevortrag hält Kl. die Stadtgemeinde Küstrin als die nach seiner Meinung für die Zufahrtsstraßen zu den Warthebrücken Wegebau-

pflichtige auch für verpflichtet, die zur Aufrechterhaltung des Verkehrs während des Brückenumbaues erforderlichen Maßnahmen zu treffen. Die Frage, ob diese Leistungen solche sind, die einen Teil der öffentlichen Wegebaulast bilden, war zu bejahen. Die Wegebaulast umfaßt die Verpflichtung, in Beziehung auf die bauliche Gestaltung, Einrichtung und Unterhaltung öffentlicher Wege alles zu leisten, was erforderlich ist, damit den jeweils gegebenen Bedürfnissen des öffentlichen Verkehrs Genüge geschieht (Germershausen-Seydel, Wegerecht usw., Bd. I, S. 26). Zu diesen Bedürfnissen gehören nach der Rspr. des OVG. auch die Einrichtungen, die erforderlich sind, um bei Wege- oder Brückeninstandsetzungen den Verkehr aufrechtzuerhalten, und zwar sowohl etwa notwendige Notwege oder Notbrücken (OVG. 40, 276, 277) als auch bei einer Sperrung die nötigen mechanischen Sperrvorrichtungen oder Warnungstafeln oder Bewachungsmaßnahmen (OVG. 41, 238, 241). Um derartige Leistungen handelt es sich hier. Aus dem Umstand, daß diese Leistungen nur einen Teil der öffentlichen Wegebaupflicht darstellen, die Feststellungsklage sich im vorl. Falle also nicht auf die Wegebaulast im ganzen erstreckt, ist gegen die Zulässigkeit der Klage kein Bedenken herzuleiten (Germershausen a. a. O., Bd. I, S. 462 und die das. in Anm. 61 angeführten Entsch. des OVG.).

Wenn schließlich auch in Betracht zu ziehen war, daß die Feststellungsklage nicht einen bestimmten Baufall, sondern die allgemeine grundsätzliche Wegebaupflicht zum Gegenstand haben muß (Drews, Preuß. Polizeirecht, Bd. II, S. 306; OVG. 85, 300; 88, 253), während der Feststellungsantrag seinem Wortlaute nach in erster Linie auf die vermeintliche Unterhaltungspflicht der Stadtgemeinde anläßlich des Umbaues der Warthebrücken i. J. 1933 abgestellt ist, so erschien es doch unbedenklich — namentlich im Hinblick auf das Interesse beider Parteien an einer grundsätzlichen Entsch. — das Klagebegehren seinem Sinne nach als auf die allgemeine Feststellung der Unterhaltungspflicht gerichtet anzusehen.

War die Feststellungsklage hiernach grundsätzlich als zulässig zu erachten, so konnte sie doch nicht als begründet anerkannt werden.

Der Warthefluß ist ein schiffbares Gewässer. Im Geltungsbereich des ALR. sind Brücken über öffentliche, d. h. schiffbare, Ströme grundsätzlich besondere selbständige Verkehrsanstalten, deren Unterhaltung regelmäßig dem Fiskus als dem Nutzungsberechtigten und Träger eines Staatsregals obliegt (§§ 53, 38 II 15 ALR.; vgl. OVG. 73, 359; 86, 286, 292, 305). Diese „selbständigen" Brücken sind keine Wegebestandteile, insbes. nicht solche der öffentlichen Wege, in deren Zuge sie liegen (vgl. OVG. 48, 229; Germershausen, Bd. I, S. 299; Drews, Preuß. Polizeirecht, Bd. II, S. 298/299). Andererseits ist in der Rspr. des Gerichtshofs anerkannt, daß die Brücken über öffentliche Ströme, sofern und solange sie dem öffentlichen Verkehr und insbes. dem Verkehr der anschließenden Wege dienen, unter den Begriff des Wegewesens fallen und der Zuständigkeit der Wegepolizeibehörde nach § 55 ZustG. unterliegen, weil dieser die Sorge obliegt, daß den Bedürfnissen des Verkehrs in bezug auf das Wegewesen Genüge geschieht (z. B. OVG. 73, 372; 86, 287, 288). Wenn Kl. geltend macht, daß ihm nur die Unterhaltungslast der eigentlichen Brücke (der Brückenkonstruktion), nicht aber des über die Brücke führenden Weges obliege, so kann dieser Ansicht, die in der bisherigen Rspr. keine Stütze findet, nicht beigetreten werden. Auch eine im Gebiet des ALR. eine selbständige Verkehrsanstalt bildende Brücke über einen schiffbaren Strom gehört, wie oben ausgeführt, zum Wegewesen und zum Zuständigkeitsbereich der Wegepolizei. Sie wird hinsichtlich der Art und des Umfanges der Unterhaltung wie ein Weg oder eine einen Wegebestandteil bildende Brücke behandelt, wenngleich die regelmäßig dem Fiskus obliegende Verpflichtung zur Unterhaltung nicht im eigentlichen Wegerecht wurzelt, sondern nach § 53 II 15 ALR. auf dem Recht zur Nutzung des schiffbaren Stromes beruht. Die Zugehörigkeit zum Wegewesen bezieht sich auf die Brücke in ihrer Gesamtheit, also sowohl auf die Brükkenkonstruktion als auch auf den darüber führenden Weg. Der Zweck einer an einen Weg stoßenden Brücke besteht in der Fortleitung des Weges, der ohne ihre Herstellung wegen eines Gewässers oder einer Erdsenke nicht in der gleichen Richtung fortgesetzt werden könnte. Wie nun sonst der Wegebaupflichtige auch für den erforderlichen Unterbau des oberen Wegekörpers zu sorgen und nötigenfalls den Weg tragende Dämme oder Brücken (über nicht schiffbare Ströme) zu unterhalten hat, so trifft die gleiche Verpflichtung den Unterhaltungspflichtigen der eine selbständige Verkehrsanstalt darstellenden Brücke, die wie andere Brücken ihrer Bestimmung nach dem über sie führenden Verkehr zu dienen hat. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern bei einer derartigen Brücke eine Zerlegung der Unterhaltspflicht in eine solche für den eigentlichen Wegekörper und für den ihn tragenden Unterbau einzutreten hätte; hier wie auch sonst befindet sich die gesamte Unterhaltungslast in der Form der Wegebaulast oder ihr inhaltlich gleichkommenden Last (OVG. 48, 229) in einer Hand. Neben dem Brückenbaupflichtigen ist daher kein besonderer Wegebaupflichtiger für den über die Brücke führenden Weg vorhanden. Vielmehr hat der Brückenunterhaltungspflichtige einer „selbständigen" Brücke diese in demselben Umfang zu unterhalten, wie der Brückenbaupflichtige einer zum Wege gehörenden Brücke unterhalten muß, d. h. wie ein Wegestück, dessen zum Wegebau gehöriger Unterbau durch eine Brükkenkonstruktion gebildet wird. Eine Besonderheit besteht für „selbständige" Brücken nur insofern, als eine polizeilich erzwingbare Unterhaltungslast nur gegeben ist, solange die Brücken tatsächlich bestehen und dem öffentlichen Verkehr dienen. Denn nach der Rspr. kann hinsichtlich der „selbständigen" Brücken die erstmalige Herstellung, die Beseitigung oder Verlegung (einschließlich der Änderung der Längenausdehnung oder Höhenlage) weder verlangt noch gehindert werden (VOG. 73, 372; 86, 287, 288). Daraus ergibt sich, daß bei einer nach dem Ermessen des Brückenbauers erfolgenden Verlegung (Verkürzung usw.) einer solchen Brücke es dem Wegebaupflichtigen der anstoßenden Wege obliegt, den Anschluß an die veränderte Brücke durch Herumführung der Wegestrecke nötigenfalls durch Aufschüttung eines Dammes herzustellen (OVG. 73, 359, 360, 361; 78, 284; 85, 302). Mit den vorstehenden Ausführungen über den Umfang der Baupflicht eines Brückenunterhaltungspflichtigen stimmt auch die oben erwähnte Rspr. des Gerichtshofs überein, nach welcher der Brückenunterhaltungspflichtige für eine besondere Verkehrsregelung bei teilweiser Brückensperre infolge Ausbesserungsarbeiten schlechthin zu sorgen hat, also ohne Rücksicht darauf, ob die Sperre durch Ausbesserungsarbeiten an der Brückenkonstruktion oder am eigentlichen Wegekörper erforderlich geworden ist.

Ferner glaubt Kl. auf Grund der Rspr. des Gerichtshofs die Verpflichtung der Stadtgemeinde zu der streitigen Verkehrsregelung daraus herleiten zu können, daß sie mit Rücksicht auf ihre Verpflichtung, die Zufahrtswege zu den Brücken zu unterhalten, auch verpflichtet sei, einen durch den Brückenumbau vorübergehend unterbrochenen ungestörten „Zugang" zu den Brücken durch eine besondere Verkehrsregelung wiederherzustellen. Diese Ansicht ist aber unzutreffend. Die Rspr. bzgl. der eine selbständige Verkehrsanstalt bildenden Brücken geht dahin, daß die zu den Brücken führenden Zufahrtswege und Rampen regelmäßig Bestandteile der Wege und nicht der Brücken sind, daß ihre Herstellung deshalb Teil der Wege- und nicht der Brückenunterhaltungspflicht ist, und daß, wie oben bereits erwähnt, sich der Wegebaupflichtige bei Veränderung und Verlegung der Brücken seinerseits der neuen Brükkenanlage anzupassen hat (OVG. 73, 360; 78, 284; 85, 302). Diesen Grundsätzen liegt die Erwägung zugrunde, daß die Verpflichtung des Brückenunterhaltungspflichtigen nur bis zur Grenze der Brücke reicht, und daß ihm wegebauliche Leistungen, die im Interesse der Aufrechterhaltung des Verkehrs in den an die Brücke anstoßenden Wegeteilen nötig sind, auch dann nicht obliegen, wenn sie durch eine bauliche Veränderung der Brücke hervorgerufen sind. Hier handelt es sich aber um etwas ganz anderes. Nicht der sichere Zugang zu den Brücken ist hier durch den Brückenumbau gestört, sondern der Verkehr auf den Brücken selbst. Die Bewachungsmaßnahmen aus Anlaß von Sperrungen gehören, wie schon mehrfach betont, zur Wegebaupflicht und daher, falls es sich um Sperrungen auf der Brücke handelt, zur Unterhaltungspflicht des Brückenunter-

haltungspflichtigen. Dabei kann es nicht von Einfluß sein, ob aus praktischen Gründen, z. B. um die Bauarbeiten nicht zu behindern, die Verkehrsregelung von der Brücke selbst oder von einer vor der Brücke gelegenen Stelle aus erfolgt. Eine Verpflichtung des für die Zufahrtstraßen Wegebaupflichtigen zu derartigen Leistungen ist hiernach grundsätzlich nicht begründet. Daraus folgt, daß die Kl. ohne Erfolg bleiben mußte, ohne daß es noch auf die Behauptung der Bekl. ankam, daß ihr die Wegebaulast für die Zufahrtstraßen nur etwa bis je 8 m vor den Dehnungsfugen beiderseits der Brücken oblieg. Die Rev. war demnach zurückzuweisen.

(PrOVG., 4. Sen., Urt. v. 12. März 1936, IV C 3/35.)

Anmerkung: Die sorgfältig begründete Entsch. ist in mehrfacher Hinsicht lehrreich. Sie bringt nicht nur eine aufschlußreiche Erörterung wichtiger Fragen des Wegerechts, sondern zeugt auch von einer erfreulich umsichtigen Handhabung der Prozeßleitung durch den erk. Sen.

Der Kl. des vorl. Verwaltungsstreitverfahrens hatte bei der Inszenierung des Rechtsstreits eine denkbar unglückliche Hand. Die mangelnde Präzision seines Klagebegehrens und die unklare Fassung seines Klageantrags belasteten das Verfahren von Anfang an mit der Gefahr, daß der Rechtsstreit an formellen Bedenken scheitern und somit keine sachliche Klärung der streitigen Fragen bringen werde. Diese Gefahr hat sich auch in der Vorinstanz, vor dem BezVerwGer., verwirklicht, indem von diesem die Klage aus formellen Gründen abgewiesen wurde. Wenn dieses sachlich unergiebige Resultat in der RevInst. vermieden wurde, so hat der Kl. das ausschließlich der großzügigen und auf wirkliche Fruchtbarkeit seiner Arbeit bedachten Prozeßgestaltung des erk. Sen. zu verdanken. Dieser ließ sich augenscheinlich von dem verdienstlichen Bestreben leiten, einen ihm unterbreiteten Streitstoff sachlich auszuräumen und den streitenden Parteien ungeachtet der prozessualen Hilflosigkeit ihres Verhaltens nicht „Steine statt Brot", sondern eine wirkliche Lösung zu bieten. Um dieses Ziel zu erreichen, hat es der erk. Sen. nicht gescheut, das prozessuale Vorbringen der Parteien in der Richtung ihres wirklichen Willens und ihres sachlichen Interesses so „zurechtzubiegen", daß eine wirklich produktive Streiterledigung möglich wurde. Es hat sich somit auch im vorl. Verfahren der juristisch unverbildete gesunde Sinn bewährt, den man bei den mit den Erfordernissen der praktischen Verwaltung vertrauten Richtern des PrOVG. erfreulich oft beobachten kann.

Der Senat führt zunächst im Gegensatz zur Vorinstanz zutreffend aus, daß der Kern des vorl. Rechtsstreits in dem Begehren des Kl. zu erblicken sei, eine allgemeine Feststellung der Wegebaupflicht, wenn auch nur hinsichtlich einzelner Auswirkungen dieser Pflicht, getroffen zu wissen. Dies hat der Senat aus der ursprünglichen Antragsfassung des Kl. und aus seiner mehrfach betonten Erklärung entnommen, daß er seine Klage auf § 56 Abs. 5 ZustG. stützen wolle. Offenbar ging der Gedanke des Kl. dahin, daß sich aus der Entsch. der Frage, wem die Wegebaupflicht in den erwähnten Auswirkungen überhaupt obliege, die Entsch. der Frage nach der Kostenlast inzidenter mitergäbe. Der konkrete Kostenaufwand und der zwischen den Parteien ausgebrochene Streit darüber, wem dieser Kostenaufwand zur Last falle, war somit nur der Anlaß, der die allgemeine Frage einer grundsätzlichen Klärung bedürftig erscheinen ließ. Bei dieser Ausdeutung des Klagebegehrens glaubte der Senat der materiellen Interessenlage der Parteien am ehesten gerecht zu werden und eine Abweisung der Klage aus rein formellen Gründen vermeiden zu können. Ob diese Erwägung richtig ist, wird sich am besten mit einer rückschauenden Betrachtung — vom sachlichen Ergebnis des Rechtsstreits her — beurteilen lassen. Aus dieser Perspektive ex post wird man dem Senat bestätigen müssen, daß beiden Parteien durch seinen Spruch zweifellos in allen streitigen Beziehungen Klarheit geschaffen wurde. Dieses Ergebnis rechtfertigt die vom Senat vorgenommene Auslegung des Klagebegehrens.

Den eingehenden Ausführungen über Sinn und Tragweite des § 2 Abs. 3 PrPolKostenG. ist nichts hinzuzufügen; sie sind in der gesetzlichen Systematik durchaus begründet.

Den Ausführungen über die Reichweite der Wege- bzw. Brückenunterhaltungslast möchte ich jedoch folgenden Zweifel entgegenstellen: Es ist zwar richtig und stimmt mit der überkommenen Rspr. überein, daß der Wegebaupflichtige bei der Vornahme von Umbauarbeiten am Wegekörper auch den sich hieraus ergebenden Verkehrsgefahren vorzubeugen hat; dies braucht er aber m. E. nur durch Anbringung s a c h l i c h e r Vorrichtungen, nicht dagegen durch Aufstellen von Verkehrsposten vorzunehmen. Die Wegeunterhaltungspflicht ist nach meiner Auffassung eine reine S a c h leistungspflicht, die zu reglementierenden Eingriffen in den Ablauf des Verkehrs mittels persönlicher Weisungen weder berechtigt noch verpflichtet. Dem Wegebaupflichtigen obliegt nur die Bereithaltung einer gefahrlosen Sachunterlage für den Verkehr sowie die Bereithaltung von Verkehrsvorrichtungen, welche Gefahren verhüten sollen, die aus dem Wegekörper und seiner konkreten Beschaffenheit selbst erwachsen könnten; außerdem hat der Wegeunterhaltungspflichtige auch für die Beschaffung und Bereithaltung solcher s a c h l i c h e n Vorrichtungen zu sorgen, die aus dem Verkehr selbst hervorwachsende Gefahren verhüten sollen (Warnungstafeln zur Verhütung von Zusammenstößen usw.). Es ist aber nicht Sache des Wegebaupflichtigen, sondern der Polizei, darüber zu wachen, daß nicht nur der Wegebaupflichtige seinen Verpflichtungen nachkommt, sondern auch darauf zu achten, daß sich die Verkehrsteilnehmer auf der sachlich verkehrssicher eingerichteten Straße und im Rahmen der ordnungsmäßig vorhandenen sachlichen Vorrichtungen verkehrsgemäß verhalten. Man kann diesen Unterschied wohl auch so fassen: Der Wegeunterhaltungspflichtige braucht auf das Verhalten der Straßenbenutzer nur mittels Bereitstellung ordnungsmäßiger S a c h vorrichtungen — und deren Instandhaltung — einzuwirken, während die Polizei auch zu unmittelbarer persönlicher Einflußnahme durch Erlaß von Geboten und Verboten usw. verpflichtet ist (vgl. R e u ß, Haftung für Verkehrsunfälle auf öffentlichen Wegen: Der Gemeindetag 1933, 387 ff.). Dem entspricht auch die Verkehrssicherungspflicht, soweit diese aus dem Rechtsgrund der Wegeunterhaltungslast hergeleitet wird: auch sie umfaßt nur die Gewährleistung einer gefahrlosen S a c h unterlage wie auch die Bereitstellung und laufende Unterhaltung s a c h l i c h e r Verkehrsvorrichtungen, die als Zubehör des öffentlichen Weges zu diesem als einem einheitlichen Rechtsgebilde hinzugehören, z. B. Warnungstafeln, Wegweiser usw. Über diese Verpflichtung zu S a c h leistungen hinaus kann man den Wegeunterhaltungsverpflichteten m. E. nicht für verpflichtet erachten, zumal ihm die Möglichkeit persönlicher Einwirkung auf die Verkehrsteilnehmer schon deshalb fehlt, weil diese seinen Anordnungen zu folgen nicht verpflichtet sind (vgl. RG.: JW. 1928, 2320).

Im vorl. Falle hätte der Brückenunterhaltungspflichtige somit lediglich dafür zu sorgen gehabt, daß die Brücke auch während der Umbauarbeiten durch entsprechende s a c h l i c h e Vorrichtungen, z. B. durch verkehrssichere Einzäunung der Baustelle und durch ausreichende Beleuchtung in ihrer sachlichen Beschaffenheit keine Verkehrsgefahren enthielt; dazu hätte notfalls auch die Aufstellung von Warnungstafeln od. dgl. gehört. Zu einer persönlichen Einwirkung auf die Verkehrsteilnehmer mittels Aufstellen von Verkehrsposten kann man ihn dagegen nicht für verpflichtet erachten, das ist Sache der Polizei.

RA. R e u ß, Berlin.

*

74. Art. 6 § 3 PrWohnG. v. 28. März 1918 (GS. 23); § 14 PrPolVerwG. v. 1. Juni 1931 (GS. 77). Wohnungsaufsicht. Die Wohnungsaufsichtsbehörde hat über die Gefahrenabwehr hinaus die erforderlichen Anordnungen zu treffen, wenn eine Wohnung hinsichtlich ihrer Beschaffenheit oder Benutzung den an sie zu stellenden Anforderungen nicht entspricht.†)

In einem dem R. gehörigen Mietshause in B. wurden bei einer Besichtigung durch den Beauftragten des Wohnungsamts eine Anzahl Mängel festgestellt. Nachdem das zuständige Bezirksamt (Wohnungsamt) den Eigentümer hierauf hingewiesen und ihm geraten hatte, die Mängel entsprechend den

ihm gleichzeitig gemachten Vorschlägen zu beseitigen, ordnete es, als dies ohne Erfolg blieb, durch Vfg. v. 17. März 1934 auf Grund Art. 6 § 3 PrWohnG. v. 28. März 1918 i. Verb. m. §§ 5, 13 WohnO. für die Stadt Berlin v. 14. Aug. 1928 an, daß diese Mängel binnen acht Wochen zu beseitigen seien. Wenn die Anordnung nicht befolgt werde, würden die erforderlichen Arbeiten durch einen Dritten ausgeführt und die vorläufig auf ... RM geschätzten Kosten von ihm eingezogen werden.

Die nach fruchtloser Beschw. beim Staatskommissar der Hauptstadt Berlin von R. erhobene Klage wies das BezVerwGer. ab.

Der Rev. des R. versagte das OVG. den Erfolg.

Art. 6 § 3 PrWohnG. v. 28. März 1918 lautet, soweit er hier in Betracht kommt, wie folgt: „Soweit sich bei Ausübung der Wohnungsaufsicht ergibt, daß die Wohnung hinsichtlich ihrer Beschaffenheit oder Benutzung den an sie zu stellenden Anforderungen nicht entspricht, ist Abhilfe in der Regel zunächst durch Rat, Belehrung oder Mahnung zu versuchen. Läßt sich auf diese Weise Abhilfe nicht schaffen, so ist der Gemeindevorstand befugt, die erforderlichen Anordnungen zu erlassen."

Da sich die angefochtene Anordnung auf diese Bestimmung und auf die Berliner Wohnungsordnung beruft und auch nicht vom Oberbürgermeister als Ortspolizeibehörde, sondern vom Wohnungsamt erlassen ist, so stellt sich diese Anordnung nicht als eine polizeiliche Vfg., sondern als eine solche der Wohnungsaufsichtsbehörde dar. Die in der vorstehend angeführten Bestimmung zwingend angeordnete Vornahme eines Versuchs zur Herbeiführung freiwilliger Mängelbeseitigung ist erfolgt.

Kl. ist der Meinung, daß ein derartiges Eingreifen der Wohnungsaufsichtsbehörde nur dann zulässig sei, wenn eine Gefahr gem. § 14 PolVerwG. vorliege. Das ist nicht richtig. Art. 6 § 1 WohnG. bezeichnet die Aufsicht über das Wohnungswesen als eine G e m e i n d e angelegenheit und stellt ihr die gesetzlichen Befugnisse der P o l i z e i behörden ausdrücklich gegenüber. Demgemäß ergehen Anordnungen der Wohnungsaufsicht auch nicht von seiten der Polizeibehörden, sondern (Art. 6 § 3) seitens des Gemeindevorstandes. Der Gemeindevorstand hat sich in Ausübung der Wohnungsaufsicht von den Zuständen im Wohnungswesen fortlaufend Kenntnis zu verschaffen, auf die Fernhaltung und Beseitigung von Mißständen hinzuwirken und die Befolgung der Vorschriften der Wohnungsordnung zu überwachen (Art. 6 § 1). Während als Aufgabe der Polizei im PolVerwG. (§ 14) die Gefahrenabwehr bezeichnet wird, hat die Wohnungsaufsichtsbehörde einen viel weiter gesteckten Wirkungskreis: sie hat die erforderlichen Anordnungen zu treffen, wenn eine Wohnung hinsichtlich ihrer Beschaffenheit oder Benutzung den an sie zu stellenden Anforderungen nicht entspricht (Art. 6 § 3 WohnG.; vgl. RVerwBl. 56, 561). Ob letzteres der Fall ist oder nicht, ist i. S. des Gesetzes nicht nach freiem Ermessen der Wohnungsaufsichtsbehörde, sondern nach objektiven Merkmalen zu bestimmen, die sich aus der herrschenden allgemeinen Auffassung ergeben (OVG. 86, 415; 89, 390).

In dieser Hinsicht hat das BezVerwGer. im vorl. Fall festgestellt, daß es sich durchweg um Dinge handelt, die dem nicht entsprechen, was die Mieter für die Bewohnbarkeit und Benutzbarkeit ihrer Wohnung zu verlangen berechtigt sind und was zu den nach allgemeiner Verkehrsauffassung in bezug auf die Beschaffenheit einer Wohnung zu stellenden Anforderungen gehört.

Die Schlußfolgerung des Vorderrichters, daß sich die angefochtene Anordnung im Rahmen der den Wohnungsämtern durch das WohnG. übertragenen Rechte und Pflichten halte, ist nach alledem frei von Rechtsirrtum und Verfahrensmangel.

(PrOVG., 4. Sen., Urt. v. 19. März 1936, IV C 87/35.)

Anmerkung: Der Entsch. ist zuzustimmen; sie liegt in der Linie der bisherigen Rspr. des PrOVG. zum PrWohnG.

Während § 1 PrPolVerwG. die Polizei als eine „Angelegenheit des Staates" bezeichnet, nennt Art. 6 § 1 PrWohnG. die Aufsicht über das Wohnungswesen ausdrücklich eine „Gemeindeangelegenheit". Dieser Bezeichnung gemäß überträgt das PrWohnG. die Ausübung der Wohnungsaufsicht unmittelbar dem „Gemeindevorstand" oder einer besonderen Gemeindebehörde, dem Wohnungsamt. Diese Regelung beruht nach OVG. 76, 470 gerade auf der Erwägung, daß es sich bei der Wohnungsaufsicht nicht um eine polizeiliche Aufgabe, sondern um die Pflege und Förderung der Wohlfahrt handelt. Auf dem Gebiet der Wohnungsaufsicht wird die Gemeinde somit in ihrem eigenen, nicht im sogenannten „übertragenen" Wirkungskreis tätig.

Die erwähnte Vorschrift des PrWohnG. enthält daher keine bloße Verschiebung behördlicher Zuständigkeiten. Ihre Bedeutung erschöpft sich nicht etwa darin, daß sie ein bisher von der Polizei betreutes Gebiet fortan der gemeindeeigenen Zuständigkeit überwiesen hätte. Es handelt sich bei ihr vielmehr um zweierlei:

Soweit das Wohnungswesen schon bis zum Erlaß des PrWohnG. der polizeilichen Betreuung unterstand, also hinsichtlich der Abwehr von Gefahren, wird durch das genannte Gesetz eine konkurrierende Zuständigkeit zweier verschiedener Behörden begründet, nämlich außer der bereits vorhandenen Zuständigkeit der Polizei die neugeschaffene Zuständigkeit des Gemeindevorstandes oder des kommunalen Wohnungsamtes. Über diese Begründung einer konkurrierenden Zuständigkeit der Polizei und der Gemeindebehörden hinaus hat das PrWohnG. jedoch die Erschließung eines neuen Lebensgebietes für die behördliche Aufsicht und Überwachung gebracht; dieses der behördlichen Betreuung neuerschlossene Gebiet ist die Wohlfahrtspflege im Bereich des Wohnungswesens. Unter dem rein polizeilichen Gesichtspunkt der Gefahrenabwehr unterstand auch das Wohnungswesen schon vor Erlaß des PrWohnG. der behördlichen Überwachung; diese Überwachung war Sache der Polizei. Weder die Polizei noch eine andere Behörde hatte aber bis dahin die Befugnis, unter dem bloßen Gesichtspunkt der Wohlfahrtspflege in das Wohnungswesen einzugreifen. Deshalb waren vor dem Inkrafttreten des PrWohnG. polizeiliche Anordnungen, z. B. Bauordnungen, soweit sie den Schutz vor bloßen Belästigungen — nicht vor Gefahren — bezweckten, ungültig (OVG. 78, 418). Das PrWohnG. hat nun nicht etwa die Zuständigkeit der Polizei auf dem Gebiet des Wohnungswesens beseitigt. Die Polizei ist vielmehr auch auf dem Gebiet des Wohnungswesens nach wie vor befugt, unter dem allgemeinen polizeilichen Blickpunkt der Gefahrenabwehr die erforderlichen Anstalten zu treffen. Neben diese Zuständigkeit der Polizei ist aber seit dem PrWohnG. die Zuständigkeit der Gemeinde getreten. Wie sich diese beiden Zuständigkeiten zueinander verhalten, ist eine noch nicht völlig geklärte Frage. Die übliche Auffassung ließe sich wohl mit dem Bilde zweier konzentrischer Kreise anschaulich machen. Der Zuständigkeitsbereich der Polizei auf dem Gebiet des Wohnungswesens wäre hiernach als der innere der beiden Kreise anzusprechen, da das Wohnungswesen der polizeilichen Regelung nur unter dem Gesichtspunkt der Gefahrenabwehr offensteht. Die Zuständigkeit der Gemeinde erfaßt das Gebiet des Wohnungswesens dagegen unter a l l e n der Wohnungspflege dienlichen Gesichtspunkten (OVG. 78, 436); den Anlaß zum Einschreiten der kommunalen Wohnungsaufsichtsbehörde kann also in gleicher Weise das Vorliegen eines polizeiwidrigen Zustandes wie auch das Vorhandensein eines Übelstandes geringerer Intensität bilden. Der gleiche gemeinschaftswidrige Tatbestand kann also, wenn er die Intensität eines polizeiwidrigen Zustandes angenommen hat, sowohl die Polizei wie auch die Wohnungsaufsichtsbehörde zum Einschreiten veranlassen. Hierin liegt die oben erwähnte „konkurrierende Zuständigkeit" der beiden Behörden. Im Gegensatz zur Polizei kann die Wohnungsaufsichtsbehörde jedoch auch ohne Vorhandensein eines polizeiwidrigen Zustandes schon dann einschreiten, wenn „die Wohnung hinsichtlich ihrer Beschaffenheit oder Benutzung den an sie zu stellenden Anforderungen (sc. in irgendeiner Weise) nicht entspricht" (Art. 6 § 3 PrWohnG.). Die Wohnungsaufsichtsbehörde kann also auch dem Gesichtspunkt der reinen Wohlfahrtspflege Raum geben, mag auch das Maß dessen, was sie in dieser Hinsicht fordern darf, nach objektiven Merkmalen, nämlich nach der durchschnittlichen Wohnkultur des betreffenden Gebietes, der betreffenden Stadt, des betreffenden Ortsteils usw., zu bestimmen sein. Völlig subjektive Idealvorstellungen über Wohnkultur sind also auch bei einem Einschreiten der

Wohnungsaufsichtsbehörde nicht als ein zureichendes und gesetzmäßiges Motiv anzuerkennen. Immerhin ist die Wohnungsaufsichtsbehörde nicht auf rein polizeiliche Beweggründe beschränkt. Sie hat aber andererseits auch nicht etwa nur bei überpolizeilichem Anlaß einzuschreiten, also nicht etwa nur dann, wenn es sich um mehr als um bloße Gefahrenabwehr handelt. Die Wohnungsaufsichtsbehörde braucht sich somit auf dem Gebiet des Wohnungswesens nicht von dem auch polizeilichen Gebiet, nämlich dem Gebiet der Gefahrenabwehr, fernzuhalten (OVG. 77, 475). Die Wahrnehmung polizeilicher Interessen auf dem Gebiet des Wohnungswesens ist aber andererseits durch das PrWohnG. auch nicht der ausschließlichen Zuständigkeit der Wohnungsaufsichtsbehörde zugewiesen. Da der Gesichtspunkt der Wohlfahrtspflege jedoch der umfassendere Gesichtspunkt ist, umschließt er den rein polizeilichen Gesichtspunkt der Gefahrenabwehr mit, ohne daß der Rückgriff des Wohnungsamtes auf ausgesprochen polizeiliche Beweggründe die rechtliche Natur seiner Verfügung als einer auf Wohlfahrtspflege gerichteten Anordnung zu ändern vermöchte (OVG. 78, 436). Auch wenn die Wohnungsaufsichtsbehörde sich bei ihrem Einschreiten von einem Beweggrund leiten läßt, der gleichzeitig als zulässiges Motiv polizeilichen Einschreitens gelten könnte, ist Rechtsgrundlage des Vorgehens der Wohnungsaufsichtsbehörde nicht § 14 PrPolVerwG., sondern das PrWohnG.

Gleichwohl ist es fraglich, ob man das Verhältnis der Zuständigkeit der Polizei und der Zuständigkeit der Wohnungsaufsichtsbehörde mit dem Bilde der beiden konzentrischen Kreise zutreffend erfaßt. Bekanntlich kann die Polizei auf einem durch PolVO. normierten Lebensgebiet bei einem Verstoß gegen die PolVO. auch dann einschreiten, wenn im gegebenen Falle keine sogenannte „konkrete“ polizeiliche Gefahr besteht. Ob dies auf dem Gebiet des Wohnungswesens auch zugunsten der Wohnungsaufsichtsbehörde gesagt werden kann, mag zweifelhaft sein. Gemäß § 1 (Art. 6) PrWohnG. hat die Wohnungsaufsichtsbehörde allerdings auch die „Befolgung der Vorschriften der Wohnungsordnung zu überwachen“; bei diesen „Wohnungsordnungen“ handelt es sich um spezielle, auf Grund des PrWohnG. erlassene örtliche PolVO. Dagegen kann nicht schlechthin gesagt werden, daß die Wohnungsaufsichtsbehörden die Befolgung aller, irgendwie das Wohnungswesen berührenden PolVO. — wenn auch nur hinsichtlich ihrer Auswirkungen auf dem Gebiet des Wohnungswesens selbst — zu überwachen hätten. Es lassen sich Fälle denken, in denen die Mißachtung einer — doch nur im Hinblick auf abstrakte Gefahren erlassenen — PolVO. für den Übertretungsfall weder eine konkrete Gefahr noch auch nur sonst irgendeine Unzuträglichkeit herbeiführt. In einem solchen Falle ist die Wohnungsaufsichtsbehörde m. E. zum Einschreiten nicht befugt, vielmehr ist hier die Befolgung der PolVO. allein durch die Polizei selbst sicherzustellen. Die Wohnungsaufsichtsbehörde hat also zwar die Befolgung der örtlichen Wohnungsordnung zu überwachen und sonstige Mißstände auf dem Gebiet des Wohnungswesens, d. h. sowohl konkrete Gefahren wie auch konkrete Übelstände minderer Schwere, zu bekämpfen, es ist aber nicht ihre Aufgabe, auf dem Gebiet des Wohnungswesens gegen die Übertretung beliebiger sonstiger PolVO. selbst dann einzuschreiten, wenn diese Übertretung im einzelnen Falle ohne jede nachteilige Folgen geblieben ist, also weder eine konkrete Gefahr noch einen konkreten Übelstand von geringerer Bedeutung herbeigeführt hat. Nur so ist es wohl zu verstehen, wenn Baltz-Fischer (Preuß. Baupolizeirecht, 6. Aufl.) sagt, das Wohnungsamt dürfe nicht etwa die Befugnisse der Bauordnung an sich ziehen, deren Überwachung sei vielmehr Sache der Baupolizei (a. a. O. S. 10). Bauordnungen sind bekanntlich PolVO. baupolizeilichen Inhalts. Daß ein Verstoß gegen diese, wenn er sich im Bereich des Wohnungswesens als Mißstand bemerkbar macht, die Wohnungsaufsichtsbehörde zum Einschreiten berechtigt — wenn auch nicht unter dem Gesichtspunkt einer Überwachung der Bauordnung — kann gar nicht zweifelhaft sein; macht sich der Verstoß gegen die Bauordnung jedoch auf dem Gebiet des Wohnungswesens weder als konkrete Gefahr noch als konkreter Übelstand minderer Schwere bemerkbar, so ist allein die Baupolizei zum Einschreiten befugt. Diese Überlegung zeigt, daß es auch auf dem Gebiet des Wohnungswesens einen Bereich ausschließlich polizeilicher Zuständigkeit gibt, der zu dem gemeinsamen Zuständigkeitsbereich der Polizei und der Wohnungsaufsichtsbehörde und zu dem ausschließlich der Wohnungaufsichtsbehörde vorbehaltenen Zuständigkeitsgebiet hinzutritt, so daß es zur Veranschaulichung des Verhältnisses der erörterten Zuständigkeiten wohl richtiger ist, sich an das Bild zweier sich schneidender Kreise zu halten.

RA. Reuß, Berlin.

*

75. § 116 Abs. 1 RAbgO. v. 22. Mai 1931 (RGBl. I, 161); § 87 Abs. 1 PrKommAbgG. v. 14. Juli 1893 (GS. 152). Die Gemeindegetränkesteuer ist eine Verbrauchsabgabe, bei der sich die Steuerpflicht auf den Betrieb des Unternehmens gründet. Es ist daher zulässig, daß eine GemGetrStO., indem sie den § 116 Abs. 1 RAbgO. für entspr. anwendbar erklärt, die Haftung des Erwerbers eines getränkesteuerpflichtigen Betriebes für die von dem Veräußerer nicht entrichteten Getränkesteuern ausspricht. Hat eine GemGetrStO. den § 116 Abs. 1 RAbgO. für entsprechend anwendbar erklärt und wird daraufhin der Erwerber eines getränkesteuerpflichtigen Betriebes für die von dem Veräußerer nicht entrichteten Getränkesteuern in Anspruch genommen, so stellt diese Inanspruchnahme eine Steuernachforderung i. S. des § 87 Abs. 1 KommAbgG. dar. Sie ist demgemäß auf die Frist eines Jahres, vom Tage des Eintritts der Zahlungsverpflichtung an gerechnet, beschränkt. Ein eingetretener Ablauf der in § 87 Abs. 1 KommAbgG. festgesetzten Nachforderungsfristen ist von Amts wegen zu berücksichtigen, wenn das vorgelegte Aktenmaterial ergibt, daß die Nachforderungsfristen nicht innegehalten sind. Verzugszinsen, die dem Steuergläubiger nach Maßgabe § 5 Ges. v. 25. Nov. 1926 (GS. 310) für die von dem Veräußerer eines getränkesteuerpflichtigen Betriebes nicht entrichteten Getränkesteuern zustehen, bilden bei dem Erwerber des Betriebes einen Bestandteil der auf Grund seiner Haftung von ihm geforderten Nachsteuern und unterliegen daher der Entsch. im Verwaltungsstreitverfahren, das die Steuernachforderung zum Gegenstand hat.

(PrOVG., 2. Sen., Urt. v. 9. Juni 1936, II C 2/36.)

*

76. § 2 GrVermStG. v. 14. Febr. 1923 und 28. Febr. 1924 (GS. 1923, 29 und 1924, 119). Wohnhaus des Betriebsinhabers. Das zu einem landwirtschaftlichen Betriebe gehörige Wohnhaus des Betriebsinhabers bleibt Bestandteil der nach § 2 Abs. 1b GrVermStG. zu besteuernden wirtschaftlichen Einheit, wenn der Betriebsinhaber die Wohnung in dem Hause aus persönlichen Gründen, z. B. aus Gesundheitsrücksichten oder aus Ersparnisgründen, aufgibt und das Haus leer stehen läßt. Die wirtschaftliche Einheit wird auch durch einen vergeblichen Versuch, das Haus zu vermieten oder zu verkaufen, nicht gelöst. †)

Ausgangspunkt des Verfahrens bilden drei im Wege der Irrtumsberichtigung vorgenommene Nachveranlagungen. Durch die erste dieser Nachveranlagung wurde der gesamte Weingutsbesitz des X. einschließlich des Wohnhauses und des Kellereigebäudes in T. mit einem Steuerwerte von ... *RM* ab 1. April 1930 nach § 2 Abs. 1 Buchst. b veranlagt. Diese Veranlagung wurde durch die beiden weiteren Nachveranlagungen ab 1. Mai 1931 geändert, und zwar wurden nunmehr zwei wirtschaftliche Einheiten zugrunde gelegt und das Wohnhaus in T. mit einem Steuerwerte von ... *RM* nach § 2 Abs. 1 Buchst. a, der übrige

für 1930 mit dem Wohnhaus als wirtschaftliche Einheit veranlagte Besitz in T., E. und C. mit einem Steuerwerte von ... RM nach § 2 Abs. 1 Buchst. b eingeordnet. Auf die von X. nach vergeblicher Beschw. erhobene Berufung wurde durch die Berufungsentscheidung die Nachveranlagung als wirtschaftliche Einheit ab 1. April 1930 nach Buchst. b aufrechterhalten, der Steuerwert aber anderweit auf ... RM festgesetzt. Ab 1. Mai 1931 wurde das Villengrundstück in T. mit einem Steuerwert von ... RM nach Buchst. a und der übrige vorerwähnte Grundbesitz mit einem Steuerwerte von ... RM nach b eingeordnet. Die daraufhin eingelegte RBeschw. erkennt die Nachveranlagung ab 1. April 1930 ausdrücklich an und richtet sich nur gegen die Nachveranlagung ab 1. Mai 1931, insbes. gegen die gesonderte Veranlagung des Wohnhauses.

Das OVG. gab der RBeschw. statt.

In der Berufungsentscheidung war unter Ziff. 1 und Ziff. 2 über je besondere selbständige Veranlagungen, nämlich die Veranlagung ab 1. April 1930 und die Veranlagung ab 1. Mai 1931 Entsch. getroffen. Da die Berufungsentscheidung, insoweit sie sich auf die unter Ziff. 1 geregelte Nachveranlagung ab 1. April 1930 bezieht, nicht angefochten, sondern ausdrücklich anerkannt ist, ist sie insoweit rechtskräftig geworden, und es ist nur noch über die Nachveranlagung ab 1. Mai 1931 durch den Gerichtshof zu entscheiden.

Der BeschwF. hat das Wohnhaus in T. zum 1. Mai 1931 geräumt; er ist mit Rücksicht auf sein Alter von 76 Jahren und seinen Gesundheitszustand, ferner auch aus Sparsamkeitsgründen nach G. gezogen. Das Haus hat seit 1. Mai 1931 leer gestanden, eine Vermietung oder ein Verkauf ist vergeblich versucht worden. Der Grundsteuerberufungsausschuß hat hieraus geschlossen, daß das Haus tatsächlich den Zwecken der landwirtschaftlichen Einheit nicht mehr diene und deshalb nicht mehr mit den Weingütern nach Buchst. b, sondern als selbständige wirtschaftliche Einheit nach Buchst. a einzuordnen sei. Dieser Ansicht kann nicht zugestimmt werden. Sie beruht auf einer irrigen Gesetzesauslegung. Es ist davon auszugehen, daß grundsätzlich zu jedem landwirtschaftlichen Betrieb ein den Verhältnissen entsprechendes Wohnhaus für den selbst wirtschaftenden Eigentümer gehört (vgl. Pape, Das preuß. Hauszins- und Grundvermögensteuerrecht, Bd. IV S. 8). Ein solches Haus ist Teil der landwirtschaftlichen Einheit und als solcher — wie es bei dem hier fraglichen Hause auch bis zum 1. Mai 1931 geschehen ist — nach b einzuordnen. Dieser Zusammenhang wird nur dadurch gelöst, daß ein derartiges Haus tatsächlich einer anderen Zweckbestimmung, und zwar nicht nur vorübergehend, zugeführt wird. Diese Voraussetzung ist nicht schon dann erfüllt, wenn das Haus aus Ersparnisgründen oder weil der derzeitige Inhaber aus persönlichen Gründen, z. B. Gesundheitsrücksichten, anderwärts wohnt, leer steht und wenn eine Vermietung oder ein Verkauf **versucht** wird. In der Entsch. des Gerichtshofs v. 25. Sept. 1934, VI D 38/34 (nicht veröffentlicht), bei der es sich um einen gleichartigen Weingutsbesitz handelt, ist ausgeführt, daß der Gerichtshof in Übereinstimmung mit dem RFH. stets daran festgehalten hat, daß der wirtschaftliche Zusammenhang und damit die wirtschaftliche Einheit eines landwirtschaftlichen Betriebs, den dieser mit einem Gebäude bildet, dadurch aufgehoben wird, daß der Gutsbesitzer ein bisher dem Betriebe gewidmetes Gebäude nicht nur vorübergehend an Personen vermietet, die zu dem Betriebe in keinerlei Beziehung stehen. Derartige Voraussetzungen sind im vorl. Fall nicht gegeben.

Dadurch, daß das Haus geräumt und eine Vermietung versucht wurde, ist also eine Änderung der dauernden Zweckbestimmung und somit auch eine Bestandsveränderung hinsichtlich des landwirtschaftlichen Besitzes nicht eingetreten, so daß kein Anlaß zu erneuter Nachveranlagung bestand. Auch andere Gründe für eine Nachveranlagung ab 1. Mai 1931 liegen nicht vor. Zwar sind nach den Feststellungen der Vorinstanz in der Zusammensetzung des Besitzes gegenüber dem 1. April 1930 einige Änderungen eingetreten, diese Änderungen sind aber so geringfügig, daß diese eine Nachveranlagung mit Rücksicht auf § 11 Abs. 2 i. Verb. m. § 2 Abs. 5 GrVermStG. nicht rechtfertigen können.

Da die Voraussetzungen einer Nachveranlagung ab 1. Mai 1931 somit nicht gegeben waren, war die von diesem Zeitpunkt ab erfolgte Nachveranlagung aufzuheben. Es verbleibt also bei der durch Ziff. 1 der Vorentscheidung ab 1. April 1930 erfolgten Nachveranlagung, die, worauf bereits hingewiesen wurde, rechtskräftig ist.

(PrOVG., 7. Sen., Entsch. v. 5. Mai 1936, VII D 28/34.)

Anmerkung: Gebäude, die dauernd landwirtschaftlichen, forstwirtschaftlichen oder gärtnerischen Zwecken zu dienen bestimmt sind, werden nach § 2 b des Gesetzes über die Erhebung einer vorläufigen Steuer vom Grundvermögen zu einer geringeren Grundvermögensteuer als sonstige Gebäude herangezogen. Infolgedessen ist für das **preußische Grundvermögensteuerrecht** die Zweckbestimmung eines Gebäudes für land-, forstwirtschaftliches und gärtnerisches Vermögen von Bedeutung.

In gleicher Weise ist im **Reichsbewertungsrecht**, das künftig auch als Grundlage für die Grundvermögensbesteuerung dienen soll, die Zugehörigkeit eines Gebäudes zum land- und forstwirtschaftlichen Vermögen (§ 28 RBewG.) und zum Grundvermögen (§ 50 RBewG.) sowohl für die Bewertung als auch für die später geplante Reichsgrundvermögensbesteuerung von Bedeutung.

Das zum preußischen Grundvermögensteuerrecht ergangene Urteil stimmt mit den für das Reichsbewertungsrecht geltenden, vom RFH. entwickelten Rechtsgrundsätzen in jeder Beziehung überein.

1. Das Weinbauvermögen, das nach § 47 RBewG. ausdrücklich zum landwirtschaftlichen Vermögen nach Reichsrecht rechnet, wird auch für das preuß. Grundvermögensteuerrecht entsprechend der preuß. Verwaltungsübung (Suckow-Renzi, Die Erhebung einer vorläufigen Steuer vom Grundvermögen, 2. Aufl., S. 63) zum landwirtschaftlichen Vermögen gerechnet.

2. Grundsätzlich ist das Wohnhaus eines Weinbau-Betriebes, wie jedes Wohnhaus eines Landwirts, nicht besonders zu bewerten, sondern zum landwirtschaftlichen Vermögen zu rechnen (RFH.: RStBl. 1932, 286). Eine Herausnahme aus dem landwirtschaftlichen Vermögen erfolgt nur, wenn das Wohnhaus **betriebsfremden** Zwecken dient, z. B. an einen Arzt oder RA. vermietet ist (RFH. a. a. O.). Die Ausnahme war aber im obigen Falle noch nicht erfüllt, da zwar ein Verkauf und eine Vermietung des Wohngebäudes versucht wurde, eines von beiden aber tatsächlich noch nicht gelungen war. Die bloße Nichtbenutzung des Wohngebäudes ändert aber dessen Zweckbestimmung noch nicht.

RA. Dr. Heinz Meilicke, Berlin.

*

77. §§ 28, 48 AngVersG. i. d. Fass. d. VO. vom 17. Mai 1934 (RGBl. I, 419). **Inanspruchnahme der Waisenrente aus der Angestelltenversicherung als Ersatz für geleisteten Fürsorgeaufwand. Ein Recht auf Inanspruchnahme von Waisenrente steht dem Fürsorgeverbande nur in Höhe des für die betr. Waise geleisteten Fürsorgeaufwandes zu und kann nicht dem hinterbliebenen Elternteile, sondern nur der Waise selbst gegenüber als dem Bezugsberechtigten geltend gemacht werden.**

(PrOVG., 2. Sen., Urt. v. 23. Juni 1936, II C 11/36.)

Berichtigung

In dem Aufsatz des Rechtsanwalts Dr. Heydt, Köln, JW. 1936 Heft 41 S. 2843 ist in der rechten Spalte Zeile 6 von unten das Wort „Lizenznehmer" zu ersetzen durch „Lizenzgeber". D. S.

Hauptschriftleiter: Rechtsanwalt Rudolf Hensen, Berlin W 35, Lützowufer 18II. Stellvertreter: Carl-Herbert Wechmann, Berlin W 35, Tiergartenstr. 20. — Für die Anzeigen verantwortlich in Vertr.: H. Schlüßler, Leipzig C 1, Dresdner Str. 11/13. Druck: Oscar Brandstetter, Leipzig. — Durchschnittsaufl. 3. Vj. 36: 20150.